

InDret

Revista para el análisis del derecho

1.26

-

Enero de 2026

Sumario 1.26

Editoriales

-	
<i>Seguridad vial y cambio tecnológico</i>	
Carlos Gómez Ligüerre	i-iii
-	
<i>El injusto del funcionario</i>	
Ricardo Robles Planas	iv-vi
-	
<i>El reciente incremento del encarcelamiento en España: ¿un cambio de tendencia?</i>	
Daniel Varona Gómez	vii-xiii
José Cid Moliné	
-	

Derecho privado

-	
<i>Repensando los derechos de tanteo y retracto</i>	
Gabriel Doménech Pascual	1-49
Fernando Gómez Pomar	
Adrián Segura Moreiras	
-	
<i>Representación aparente y fallecimiento del mandante: una relectura del art. 1738 CC en clave comparada</i>	
Juan Pablo Murga Fernández	50-95
-	
<i>A vueltas con el artículo 1969 CC: naturaleza del sistema de cómputo del plazo de prescripción.</i>	
<i>El diez a quo en la acción de restitución de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de una cláusula abusiva</i>	96-150
Davinia Cadenas Osuna	
-	
<i>Estudio comparado de la transposición del artículo 21 de la Directiva 2019/790 sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital</i>	151-192
Jorge Luis Ordellin Font	
-	
<i>La atribución de responsabilidad civil por actos de sistemas autónomos de inteligencia artificial: desafíos para el derecho privado</i>	
Abigail Quesada Páez	193-226
-	
<i>Cuando el cuidado se vuelve Derecho: la guarda de hecho en España tras la Ley 8/2021</i>	
María del Carmen Luque Jiménez	227-269

Derecho Penal

-		
	<i>Resolución al hecho y legitimación de la punibilidad de la tentativa</i>	
	Uwe Murmann	270-290
-		
	<i>La legitimidad de la incriminación de los delitos económicos</i>	
	Percy García Caveró	291-310
-		
	<i>Tratamiento dogmático de las «conductas neutrales» en la teoría de la intervención delictiva</i>	
	Miguel Angel Muñoz García	311-368
-		

Criminología

-		
	<i>El diseño de alternativas penales con perspectiva de género</i>	
	Vicenta Cervelló Donderis	369-399
-		
	<i>Los efectos contraproducentes de la sanción Penal</i>	
	<i>Una cartografía</i>	
	Ana Belén Gómez Bellvís	400-431
-		

Derecho público y regulatorio

-		
	<i>Proposición de prueba sin previa delimitación de hechos controvertidos: la incoherencia procesal del nuevo artículo 438 LEC</i>	
	Ana María Vicario Pérez	432-466
-		

Actualidad

-		
	<i>La amnistía vista por el Abogado General Spielmann: tres preguntas contrafácticas</i>	
	Cándido Paz-Ares	467-500
-		
	<i>Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (gener 2025-octubre 2025).</i>	
	<i>Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/792/2025, de 24 de gener, JUS/3636/2025, de 4 de febrer, JUS/3811/2025, de 10 de febrer, JUS/3813/2025, de 14 de febrer, JUS/4367/2025, de 16 d'abril, JUS/4366/2025, de 17 de setembre, JUS/4368/2025, de 19 de setembre, JUS/4370/2025, d'11 de novembre, JUS/4369/2025, d'1 d'agost, JUS/4371/2025, de 17 de setembre i JUS/3997/2025, de 16 d'octubre</i>	501-529
	Miriam Anderson	

-

Revista Crítica de Jurisprudencia Penal

Sección coordinada por Ramon Ragués i Vallés

530-571

-

Recensiones

-

ExLibris

Sección coordinada por Pablo Sánchez-Ostiz

572-587

-



Seguridad vial y cambio tecnológico

Desde el 31 de marzo de 2018, todos los turismos, furgonetas y vehículos comerciales ligeros que se han homologado en la Unión Europea disponen de un sistema automático de aviso en caso de emergencia (eCall). Así lo previó, tras un largo proceso de debate con fabricantes y operadores, el [Reglamento 2015/758, de 29 de abril de 2015, relativo a los requisitos de homologación de tipo para el despliegue del sistema eCall basado en el número 112 integrado en los vehículos.](#)

En caso de accidente, el sistema envía un mensaje a los servicios de emergencia del lugar en que ha ocurrido el accidente, en toda la Unión y con independencia del país de matrícula del vehículo. Se trata de un:

«(...) sistema de emergencia, incluido el equipo integrado en el vehículo y los medios para accionar, gestionar y llevar a cabo la transmisión eCall, que se activa, bien automáticamente mediante sensores integrados en el vehículo o bien manualmente, que transmite, a través de redes públicas de comunicaciones móviles inalámbricas, un conjunto mínimo de datos y establece un canal audio, basado en el número 112, entre los ocupantes del vehículo y un punto de respuesta de seguridad pública (PSAP eCall)» (artículo 3.1 Reglamento 2015/1758)

El mensaje contiene información sobre la ubicación del vehículo y la hora de la incidencia. Tras su envío, se activa una llamada telefónica al vehículo desde el centro de emergencias. El mensaje se envía de manera automática, habitualmente tras la activación de los air-bags o determinados sensores instalados con esa finalidad. El sistema también puede activarse manualmente y permite que la llamada se haga a servicios de asistencia prestados por terceros (eCall SPT), por ejemplo, un servicio ofrecido por el propio fabricante del vehículo o por asociaciones de automovilistas.

Es un buen ejemplo de la contribución de la tecnología a la seguridad de las personas. El sistema de eCall permite a los servicios de emergencia conocer de inmediato la urgencia y atender a las víctimas. La reducción del tiempo permite tratar cuanto antes a los heridos y trasladarlos a un centro sanitario. Antes de que las secuelas puedan ser irreversibles o, en el peor de los escenarios, antes de que la gravedad de las lesiones tenga un desenlace fatal que una asistencia médica podría haber evitado. El sistema eCall es especialmente útil en los casos de accidentes que solo involucran al vehículo siniestrado y que tienen lugar en carreteras secundarias o de escaso tráfico. En esos casos, la ausencia de testigos puede retrasar la reacción de los servicios de emergencia. El aviso automático (eCall) salva vidas. Para eso se diseñó:

«Se espera que el sistema eCall de la Unión reduzca el número de víctimas mortales en la Unión, así como la gravedad de las lesiones causadas por los accidentes de tráfico, gracias al rápido aviso a los servicios de urgencia. La introducción obligatoria del sistema eCall basado en el número 112 integrado en los vehículos, junto con la necesaria mejora coordinada de la infraestructura de las redes públicas de comunicaciones móviles inalámbricas para realizar llamadas eCall y puntos de respuesta de seguridad pública (PSAP) para recibir y cursar las llamadas eCall pondría este servicio a disposición de todos los ciudadanos y contribuiría así a reducir el número de víctimas y heridos graves, así como los gastos sanitarios, la congestión causada por accidentes y otros gastos.» (Considerando 7 del Reglamento 2015/758)

La comunicación eCall se realiza a través de las redes públicas de comunicaciones inalámbricas. Estas funcionan ya de manera general con tecnología digital. Una tecnología que ha ido evolucionando para aumentar la velocidad de las comunicaciones, mejorar la conectividad de los terminales con la red y disminuir el ancho de banda que requiere cada comunicación. Tras el abandono de las redes analógicas, esa tecnología ya va por la quinta generación (5G) de desarrollo. El cambio tecnológico se ha hecho de tal modo que los protocolos técnicos de cada nueva generación tecnológica son incompatibles con todos o algunos de los precedentes.

Los vehículos homologados antes del mes de marzo de 2018 no disponen del sistema automático de aviso, salvo que el fabricante lo haya instalado tras la homologación del vehículo. Entre los homologados tras la obligatoriedad de la presencia del sistema eCall, hay muchos que lo instalaron conforme a los protocolos tecnológicos existentes en el momento. En muchos casos, esos protocolos eran 2G o 3G. Con la adaptación generalizada de los sistemas 5G, esos sistemas pueden carecer de capacidad para conectarse a las redes públicas de telefonía. Quedarían excluidos del sistema de aviso inmediato en caso de emergencia, a pesar de disponer de los dispositivos que lo hacen posible.

Hay que encontrar una solución. Y no es fácil saber dónde está ni quién debe asumirla y pagarla. Los operadores de redes pueden mantener la vigencia de los protocolos obsoletos de conexión, si fuera técnicamente posible. Los fabricantes podrían actualizar los sistemas, siempre que los existentes soporten los nuevos protocolos de conexión. Las autoridades podrían forzar a los usuarios a disponer de sistemas que fueran operativos. O podría no hacerse nada y conformarse con que el sistema eCall solo protege a las víctimas de accidentes que conduzcan los vehículos más nuevos y modernos. Aunque solo mientras no haya un nuevo cambio tecnológico.

Allí está el interés del asunto. El problema afecta a los vehículos homologados en momentos previos al cambio tecnológico producido desde entonces. Afectará, sin embargo, a todos los vehículos cada vez que ese cambio se produzca. En el momento en que todos los vehículos que

circulen por las carreteras de la Unión hayan sido homologados conforme a las normas que exigen la instalación del sistema eCall, cada nuevo protocolo de comunicación inalámbrica incompatible con los anteriores planteará el mismo problema. Un problema que puede frustrar las aspiraciones de seguridad del sistema automático de aviso.

El Reglamento 2015/758 no contiene ninguna disposición que resuelva claramente el problema. Los vehículos que se homologaron conforme a sus disposiciones pueden seguir circulando, como lo hacen los que se homologaron antes de que se desplegara el sistema automático de aviso en caso de emergencia. Es, sin embargo, una lástima haber de asumir que el sistema dejará de funcionar periódicamente para millones de vehículos en toda la Unión cada vez que un cambio en los protocolos de comunicación inalámbrica sea incompatible con los que habilitan la comunicación entre el vehículo accidentado y los servicios de emergencia. Una lástima y un incremento del número y gravedad de daños personales que la tecnología podría mitigar.

El resultado contradice -es, de hecho, paradójico- con el loable interés de la Unión Europea por evitar la obsolescencia programada, fomentar la reparación y el reacondicionamiento de los productos y alargar su vida útil. Un interés que contribuye al cumplimiento de los objetivos de protección del medio ambiente y de los consumidores del que su mejor muestra es la Directiva 2024/1799, de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes.

Hay que prever, en este y en tantos otros supuestos, que la tecnología es dinámica y que los productos que la emplean han de poder adaptarse a su evolución. A partir del 9 de diciembre de 2026, la vigente [Directiva 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos](#) puede forzar a los operadores económicos a prever la adaptación del sistema al cambio tecnológico. Conforme a su artículo 7.2, la consideración del producto como defectuoso tendrá en cuenta «el efecto razonablemente previsible en el producto de otros productos de los que se pueda esperar que se utilicen junto con el producto, también mediante interconexión» (letra d) y, «en el caso de un producto cuya finalidad sea precisamente evitar daños, el eventual incumplimiento de dicha finalidad por parte del producto» (letra i). Es discutible que los sujetos potencialmente responsables puedan acogerse a la exoneración de responsabilidad prevista para los riesgos de desarrollo (cfr. artículo 11.1, letra e); aunque si el Reglamento 2015/758 no se modifica, esos mismos sujetos responsables podrán oponer que el producto -en este caso, un componente del vehículo- cumple con los requisitos legales (cfr. letra d, artículo 11.1). Es aconsejable evitar ese debate. En todo caso, mientras no se plantee, millones de vehículos serán homologados en toda la Unión y circularán por nuestras ciudades y carreteras. Habrá que encontrar una solución técnica. Lo impone la protección de las víctimas de accidentes de circulación, que tienen derecho a esperar que sus vehículos ofrezcan el nivel de seguridad que exige el derecho de la Unión.

Carlos Gómez Ligüerre

El injusto del funcionario

1. En el último tercio del siglo XIX y comienzos del XX, como respecto de casi todas las instituciones fundamentales del Derecho penal, se discutió intensamente en la doctrina alemana sobre la naturaleza del castigo a los funcionarios públicos. Desde luego se conocía desde tiempos remotos el castigo penal a aquellos funcionarios que cometían delitos en el ejercicio de sus funciones abusando de su poder. Estos delitos ya se denominaban –y se denominan– genéricamente «*Amtsverbrechen*» (literalmente: delitos del cargo, delitos de función pública) y han derivado en la actualidad en un grupo de delitos que hoy conocemos en español como «delitos (comunes) cometidos *por* funcionarios públicos». Como puede intuirse, la referida discusión cobró vida a partir de manifestaciones ulteriores que poco a poco iban emergiendo en la nueva legislación y en la doctrina científica que comenzaba a sistematizar la Parte Especial¹. Así, fundamentalmente a propósito de dos nuevos grupos de infracciones: las infracciones o delitos disciplinarios y una clase particular de *Amtsverbrechen*.

2. Por un lado, las «infracciones disciplinarias» irrumpieron con fuerza en el Estado prusiano. Una parte de la doctrina creyó que estas formaban una unidad cualitativa con los clásicos delitos cometidos por funcionarios, siendo la distinción entre las dos clases de infracciones de carácter meramente cuantitativo. Para otros, en cambio, esto significaba desconocer la naturaleza autónoma, *sui generis*, de las infracciones disciplinarias. Esa naturaleza propia tenía –y tiene– su razón de ser en la peculiar relación jurídica entre el funcionario y el Estado, que obliga al funcionario a someterse en todo momento al poder y a las pretensiones jurídicamente legítimas del Estado. El quebrantamiento de esta relación interna de poder es la esencia de la infracción disciplinaria.

¹ Cfr. las extensas consideraciones de HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht systematisch dargestellt*, t. 2, v. 2, 1887, pp. 1014 ss.

Ciertamente, hacia finales del s. XIX y comienzos del s. XX apenas existían infracciones estrictamente disciplinarias castigadas con pena en el Código penal alemán². De hecho, buena parte de la discusión transcurrió en torno a si la sanción prevista para esta clase de conductas tenía o debía tener naturaleza penal. Sin embargo, en aquel momento existían razones para negar el carácter penal de estas sanciones, fundamentalmente porque no era frecuente que el Derecho penal ejerciera de mero refuerzo sancionatorio, de manera que su sentido viniera a ser el mantenimiento de la funcionalidad institucionalmente debida de los servidores públicos o, como suele expresarse en términos más modernos: la protección del ordenado desempeño de las funciones públicas. Por ello, otro sector abogaba por su naturaleza de medida preventiva, pedagógica o correctiva (*Massregel*).

A día de hoy el StGB sigue siendo mucho más reactivo que el Código penal español a la hora de incorporar infracciones que simplemente contravienen el funcionamiento conforme al orden del cuerpo funcional (compárense las figuras delictivas referidas a funcionarios de la Sección Treinta –§§ 331 a 358– y de los Títulos XIX a XXI –arts. 404 a 543– del StGB y del Código penal español, respectivamente). No puede, pues, negarse que algunas legislaciones penales han evolucionado incorporando al Derecho penal infracciones que en otros momentos o lugares se concibieron o se conciben como disciplinarias (manteniéndose también otra parte en el Derecho administrativo). Esto es, se entiende hoy que ciertas irregularidades en el desempeño de las funciones públicas por su gravedad o importancia alcanzan *de lege lata* el umbral de relevancia penal³.

3. En segundo lugar, entre los «delitos disciplinarios» y los «delitos (comunes) cometidos por funcionario público» pronto emergió una categoría científica intermedia, que se difundió con el nombre de «*echte Amtsverbrechen*» (delitos del cargo o de función pública *proprios*, *genuinos*, por oposición a los tradicionales, que pasarían a ser *improprios*)⁴. Lo que caracterizaría a los «delitos de funcionarios» no sería la condición de funcionario del sujeto activo, ni tampoco el abuso de su poder fáctico en la comisión de delitos. Obviamente, tampoco la mera infracción de deberes disciplinarios, pese a que pueden concurrir y generalmente lo harán. El delito *del* funcionario es, más bien, un ejercicio desviado de *facultades especiales estatales*. Su esencia reside en una actuación del Estado ilícita por mano de sus propios órganos traicionando la confianza especialmente depositada en ellos. Como obviamente el Estado no delinque, es el funcionario quien lo coacciona a soportar que su propio poder se use para delinquir y lo obliga a aparecer ante terceros como autor de una violación del Derecho. En este sentido, al materializarse el acto ilícito formalmente como acto estatal, el delito *de* funcionario constituye un delito contra el Estado cometido desde dentro, esto es, una deslealtad de quien tiene atribuida competencia para obrar en nombre de la generalidad.

² En cuanto a los funcionarios públicos, considérese la interesante discusión que se produjo con la introducción en 1876 del denominado «parágrafo von Arnim» aún hoy presente en el § 353a StGB [al respecto, HEINRICH, «Bismarcks Zorn – Inhalt und Bedeutung eines “vergessenen” Tatbestandes», *ZStW*, (110), 1998, pp. 327 ss.]. El caso de los militares era, obviamente, distinto.

³ Cuestión distinta es que incluso frente a estas infracciones (o algunas de ellas) que se estiman más graves se considere que el recurso al Derecho penal no está realmente justificado, por carecer materialmente de merecimiento y necesidad de pena, estimándose de *lege ferenda* preferible su reconducción al ámbito administrativo.

⁴ Fundamental en este desarrollo, BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, t. II, v. 2, 1905, pp. 402 ss. Las consideraciones que siguen toman como punto de partida su planteamiento.

Naturalmente esto no es lo que sucede cuando el funcionario se arroga una competencia que no tiene, abusando fácticamente de su cargo, no en ejercicio del mismo. Aquí el Estado no actúa ilícitamente, sino solo su órgano en falso ejercicio de funciones públicas. El Estado en modo alguno queda desacreditado, pues no se ha aplicado su poder. Al obrar fuera de su perímetro competencial, el funcionario comete un delito común cualificado. En cambio, el injusto del funcionario en sentido propio se configura cuando en la concreción de potestades públicas se desvía el poder jurídico que el ordenamiento le confía abandonando el mandato de generalidad (servicio e interés público, objetividad, imparcialidad, *bonum commune*). Al abusar de la competencia estatal, pervierte la autoridad delegada contra el propio Estado⁵.

4. Como puede observarse, la discusión sobre el injusto del funcionario nació, como no podía ser de otro modo, a partir de consideraciones materiales. Sin embargo, como es sabido, su evolución posterior ha estado marcada fundamentalmente por consideraciones de carácter sobre todo formal (delitos con o sin correspondencia con un delito común; delitos de infracción de un deber). Solo en tiempos recientes se han vuelto a plantear cuestiones en torno a la singular naturaleza de su injusto. Uno de los acicates para ello ha sido el tratamiento del *extraneus* en estos delitos⁶, pues cuanto “menos común” sea un delito, más difícil parece ser la fundamentación de la responsabilidad de aquel que no resulta alcanzado por el deber especial (público)⁷. En particular, no hay dudas de que es perfectamente posible esa responsabilidad del *extraneus* en los «delitos cometidos por funcionario público» y tampoco debería haber dudas, ahora en sentido contrario, en aquellos delitos que tengan una naturaleza exclusivamente disciplinaria. El campo que queda admite –y sigue requiriendo– discusión. Si se entiende, como parece más que razonable según lo dicho (recuérdese que no nos referimos ahora a los delitos generales agravados por la condición de funcionario público), que el injusto *del* funcionario se caracteriza por un elemento de deslealtad material (¡por eso el *extraneus* no puede ser «autor»!), entonces el debate se traslada a la esencia misma de la participación: si el castigo de esta se basa en el mero favorecimiento o determinación de un *hecho ajeno* o bien si *también* el partícipe tiene que estar abarcado por aquella relación de lealtad especial. Desde luego el Estado debe protegerse adicionalmente frente a *extranei* que favorezcan que un funcionario público le haga actuar ilícitamente, pero no podrá decirse que a aquellos se les castiga por haber traicionado las prerrogativas que les concedió. Por eso cabe afirmar su merecimiento de pena, pero desde otros puntos de vista.

Ricardo Robles Planas

⁵ *Nota bene*: también pertenecen a los actos fuera de la competencia aquellos que, aunque parezcan estar dentro de ella, en realidad no lo están, porque se realizan de un modo que rebasa los límites esenciales de la competencia. A la inversa, hay actos que aunque violen formas o requisitos legales no destruyen la competencia.

⁶ Cfr. el completo panorama de SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte General*, 2025, 17/3 ss. y 17/40 ss.

⁷ Recientemente, LEIVA LÓPEZ, *La participación de extranei en delitos especiales*, 2025.

El reciente incremento del encarcelamiento en España: ¿un cambio de tendencia?

-

España sufrió, en los años posteriores a la aprobación del Código Penal de 1995, un intenso crecimiento de la población reclusa que alcanzó en 2010 una tasa de encarcelamiento de 166 personas encarceladas por 100.000 habitantes, una de las mayores de la Unión Europea. Desde entonces la población reclusa se ha ido reduciendo hasta quedar en 2022 en 116 personas encarceladas por 100.000 habitantes, una tasa que ya se acerca a la media de la UE en 2022 (113 personas por 100.000 personas encarceladas⁸). Sin embargo, como se advierte en la tabla 1, este proceso de reducción del número de personas encarceladas parece haberse detenido en 2022. A partir de este año no ha habido ulteriores descensos y en los dos últimos años (2024 y 2025) ha habido un importante aumento, que ha llevado la tasa de encarcelamiento a alcanzar las 124 personas encarceladas por 100.000 habitantes. Nos podemos preguntar, entonces, si estamos ante el inicio de un cambio de ciclo, que retome la senda expansionista padecida desde los inicios de la democracia.

Tabla I. Evolución encarcelamiento. España (2010-2025)

Año	Personas encarceladas	Personas encarceladas por 100.000 habitantes
2010	78148	166
2011	71626	153
2012	69464	149
2013	66725	143
2014	65003	140
2015	64321	139
2016	60838	131
2017	59980	129
2018	59335	126
2019	59061	125
2020	56865	120
2021	55599	117
2022	55934	116
2023	56601	116
2024	58502	119
2025	61175	124

Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. (Media de los 12 meses del año).

⁸ Fuente: Space I (Consejo de Europa).

Para tratar de responder a esta pregunta debemos primero explicar las razones de la reducción de la tasa de encarcelamiento ocurrida a partir de 2010. A nuestro juicio, hay dos razones principales. En primer lugar, como se advierte en la tabla 2, se produce una importante reducción de las entradas en prisión en la década del 2010. Ello es debido principalmente a un menor uso de la prisión preventiva, una mayor aplicación de las penas alternativas a la prisión (la suspensión de la pena) y una reducción de la delincuencia violenta⁹.

Tabla II. Entradas en prisión. España (2010-2025)

Año	Entradas en prisión	Entradas en prisión por 100.000 personas
2010	44932	95
2011	42496	91
2012	42644	91
2013	40683	87
2014	38494	83
2015	34922	75
2016	33324	72
2017	33095	71
2018	34456	73
2019	30885	65
2020	26580	56
2021	29429	62
2022	30919	64
2023	31444	65
2024	33981	69
2025	37193	75

Fuente: Administraciones penitenciarias españolas (datos suministrados a los autores). Se carece de los datos de la Administración del País Vasco del 2025 (se han mantenido los del 2024).

En segundo lugar, la reducción de la tasa de encarcelamiento se debió a un incremento del uso de la libertad condicional, en particular en el lustro 2010-2015, que, como se muestra en la tabla 1, es el periodo en el que se produce el mayor descenso del encarcelamiento.

Tabla III. Concesiones de libertad condicional. España (2000-2025)

Año	Libertades condicionales concedidas	Tasa de libertades condicionales por 100 personas condenadas
2000	5628	15,8
2001	5453	14,9
2002	5442	14,0
2003	5062	12,0
2004	5499	12,0
2005	5078	10,8
2006	5869	12,1
2007	6164	12,3
2008	6052	11,4
2009	8702	14,8
2010	10345	16,7
2011	9587	16,3
2012	9407	17,3

⁹ CID, «El futuro de la prisión en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, pp. 1 ss.

2013	9776	17,3
2014	9882	17,6
2015	9223	16,8
2016	7850	14,9
2017	6691	13,2
2018	5636	11,3
2019	6015	12,2
2020	4158	8,8
2021	3389	7,3
2022	2714	6,0
2023	2497	5,3
2024	2135	4,4
2025	1833	3,7

Fuente: Administraciones penitenciarias españolas. Datos suministrados a los autores.

La suma de estos dos factores: la bajada de las entradas en prisión como consecuencia de las razones expuestas y la reducción de la duración efectiva del encarcelamiento debida principalmente al mayor uso de la libertad condicional¹⁰ es lo que explica, a nuestro juicio, la importante moderación de la tasa de encarcelamiento experimentada en España entre 2010 y 2022.

¿Qué ha pasado para que a partir de 2022 este proceso de moderación de la tasa de encarcelamiento se haya detenido?

Una de las razones explicativas de peso se encuentra en la reforma del CP de 2015. En concreto, en la modificación de la naturaleza jurídica de la libertad condicional, que, de ser el último grado de cumplimiento de la pena de prisión, pasó a ser una forma de suspensión de condena, que podía extenderse más allá de la pena de prisión impuesta, y que, en caso de revocación, no computaba como cumplimiento de pena¹¹. Las consecuencias de esta reforma han sido dramáticas. Muchas personas que podrían haber conseguido la libertad condicional no se han sentido estimulados por ella o han renunciado en caso de que les fuera propuesta. En consecuencia, el uso de la libertad condicional se ha reducido drásticamente. Como se muestra en la tabla 3, entre 2014 (antes de la reforma) y 2025, el uso de la libertad condicional se ha reducido en un 79%. Si la reforma del CP no se hubiera producido y, como de forma unánime ha reclamado la doctrina penal española, se hubiera mantenido la regulación clásica de la libertad condicional, en el año 2025 no se hubieran otorgado 1547 libertades condicionales sino 8628 y en consecuencia tendríamos 7081 personas menos en prisión. Si lo vemos en términos de la tasa de encarcelamiento, si la reforma no se hubiera producido, España en el 2025 tendría una tasa de encarcelamiento de 109 personas por 100.000 habitantes. Más aun, resulta muy extraño que una reforma que no solo ha significado incrementar el coste humano y

¹⁰ A lo que también contribuyó la relevante reducción de las penas para los delitos de tráfico de drogas que tuvo lugar con la reforma penal del 2010 (LO 5/2010). Un análisis más amplio sobre el descenso de la «punitividad» en esos años en nuestro país y globalmente puede verse en BRANDARIZ, «Sobre la punitividad: Hacia una agenda de investigación sobre los cambios en el clima penal», *Boletín Criminológico*, 226, 2024, pp. 1 ss.

¹¹ CERVELLÓ, *Libertad condicional y sistema penitenciario*, 2019.

económico del encarcelamiento, sino que además ha reducido el uso de un mecanismo que sabemos que es útil para disminuir la reincidencia¹², no haya sido revertida¹³.

Sin embargo, la disminución de las salidas no es el único problema, sino que, como se advierte en la tabla 2, también las entradas en prisión están aumentando con fuerza, en particular durante 2025. Aunque lógicamente dos años de aumento es poco margen para tratar de descubrir las tendencias de fondo, vamos a anticipar alguna explicación.

La primera y más lógica hipótesis es que simplemente se ha vuelto a los datos de entradas previos a la pandemia, pues está claro que el año 2020, con el confinamiento, generó una importante bajada de la delincuencia y de la actividad judicial, que tuvo un impacto importante en las entradas en prisión. La idea es que en los años posteriores se retornó a la normalidad prepandemia. Esta hipótesis encuentra confirmación en que la media de entradas entre 2015 y 2019 fue de 73 por 100.000 habitantes y, en realidad, la media de entradas entre 2022 y 2025 ha sido de 68 por 100.000 habitantes.

Sin embargo, esta primera hipótesis desconoce que entre 2010 y 2019 se había producido una sostenida reducción de las entradas en prisión – una reducción del 32,5% entre 2010 y 2019 – mientras que entre 2022 y 2025 se ha producido un incremento progresivo – que globalmente supone un aumento del 20% entre estos años. Por lo tanto, parece que existe algún factor, más allá del «retorno a la normalidad prepandemia» que explica este incremento de las entradas en prisión.

La segunda hipótesis es que este aumento de las entradas en prisión responde a un incremento de la delincuencia. Si observamos los datos en la tabla 4, vemos que esta hipótesis encuentra cierto apoyo. Entre 2010 y 2017 se produce un descenso moderado de la delincuencia (un 10% de descenso entre estos dos años) y en cambio la tendencia de la delincuencia desde 2021 es ascendente. Si se compara la media de delincuencia entre los años 2014-2019 (4471 infracciones penales por 100.000 habitantes) con la media de los años 2022-2024 (4972 infracciones por 100.000 habitantes) observamos un 11% de incremento de la delincuencia en los años en que se produce este aumento de las entradas en prisión

Tabla IV. Evolución de la delincuencia en España (2010-2024)¹⁴

Año	Infracciones penales	Infracciones penales por 100.000 habitantes
2010	2.297.484	4.873
2011	2.268.867	4.846
2012	2.268.867	4.855
2013	2.172.133	4.670
2014	2.093.621	4.507

¹² CAPDEVILA (coord.), *Tasa de reincidencia penitenciaria 2020*, Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2023; KARIMI-HAGHIGHI/CASTILLO/TOLAN/LUM, «Effect of conditional release on violent and general recidivism: A causal inference study», *Journal of Experimental Criminology*, 21, 2023, pp. 407 ss.

¹³ Podría pensarse que esta disminución en el uso de la libertad condicional se ha compensado con el mayor uso del régimen abierto, pero no es así. La comparación entre los datos de personas clasificadas en régimen abierto en 2014 (16,7% de las personas condenadas) y de 2025 (18,4% de las personas condenadas, con datos de noviembre), indican un aumento solo del 10% en el uso del tercer grado de clasificación penitenciaria (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias).

¹⁴ Los datos de 2025 disponibles (los tres primeros trimestres) indican un incremento en términos absolutos del 1% en la delincuencia respecto del 2024.

2015	2.035.625	4.383
2016	2.011.586	4.329
2017	2.045.784	4.396
2018	2.131.424	4.561
2019	2.199.475	4.647
2020	1.773.366	3.741
2021	1.957.315	4.121
2022	2.325.358	4.838
2023	2.464.579	5.072
2024	2.456.413	5.005

Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad

Extrañamente este incremento de la delincuencia no se refleja en el número de personas condenadas, pues, tal como se muestra en la tabla 5, comparando el periodo prepandemia (2016-2019) con el periodo postpandemia (2022-2024) solo se produce un incremento del 2% del porcentaje de condenas por número de habitantes. Sin embargo, sí que se observa un aumento del 8,2% en lo que hace al número de delitos condenados entre ambos periodos. Esto significa que aun cuando los condenados no aumenten significativamente, las personas son condenadas por un mayor número de delitos, lo que incrementa las posibilidades de entradas en prisión. De la misma manera, el incremento de la delincuencia puede afectar al número de prisiones preventivas impuestas, que se incrementan mucho en particular en 2025.

Tabla V. Personas condenadas penalmente. España (2016-2024)

Año	Personas condenadas	Personas condenadas por 100.000 habitantes
2016	271526	584
2017	285336	613
2018	286687	611
2019	286931	606
2020	221437	467
2021	282210	594
2022	308624	642
2023	280322	577
2024	306807	625

Fuente: Instituto Nacional de Estadística

La tercera hipótesis es que este incremento de las entradas en prisión se debe a que no solo aumenta la delincuencia, sino que esta es más grave y genera más prisiones preventivas y más condenas efectivas a prisión. Sabemos que uno de los factores que contribuyó al descenso de las entradas en prisión que se observa en España desde mediados de los años 80 es la reducción de la delincuencia violenta¹⁵. No parece que esta tendencia, por lo que se refiere a delitos como el homicidio o el robo con violencia o intimidación se haya alterado, siendo tales delitos cada vez menos frecuentes, pero, en cambio, sí que existe, como se muestra en la tabla 5, un aumento relevante de los delitos contra la libertad sexual. Si comparamos el periodo prepandemia (2014-2019), con el postpandemia (2022-2024), vemos que se habría producido un 71,7% de incremento de los delitos contra la libertad sexual que llegan a conocimiento del sistema penal.

¹⁵ CID, *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, pp. 1 ss.

Tabla VI. Infracciones contra la libertad sexual. España (2010-2024)

Año	Infracciones contra la libertad sexual	Infracciones contra la libertad sexual por 100.000 habitantes
2010	9957	21,3
2011	9892	21,2
2012	9008	19,4
2013	8923	19,2
2014	9467	20,4
2015	9986	21,5
2016	10844	23,3
2017	11692	25,0
2018	13782	29,1
2019	15319	32,3
2020	13174	27,7
2021	17016	35,4
2022	19013	39,1
2023	21825	44,5
2024	22846	46,6

Fuente: Portal Estadístico de Criminalidad

Es razonable pensar que el incremento de los delitos registrados contra la libertad sexual ha generado que la delincuencia que llega a juzgados y tribunales sea más grave que en el periodo anterior y que ello haya contribuido al incremento de las entradas en prisión que observamos en los dos últimos años¹⁶. El mismo factor podría haber influido en el aumento que reflejan las estadísticas del INE en la imposición de penas superiores a 2 años de prisión, que podrían estar influidas, tanto por la acumulación de delitos al que antes nos hemos referido, como por la mayor presencia de los delitos contra la libertad sexual en los tribunales¹⁷.

En conclusión, creemos que el incremento de la tasa de encarcelamiento que sufre España en los últimos años se debe principalmente a cuatro factores: el retorno a la senda prepandemia, la progresiva reducción del uso de la libertad condicional – que alarga la duración efectiva del encarcelamiento –, el aumento de la delincuencia – que ha generado posiblemente un mayor uso de la prisión preventiva – y el incremento de los delitos contra la libertad sexual, que ha llevado a que jueces y tribunales afronten una delincuencia más grave que en el periodo prepandemia, y ha ampliado el uso de la prisión preventiva y de las condenas de prisión.

¿Estamos ante un cambio de tendencia en lo que hace a la reducción de la tasa de encarcelamiento que se producía en España desde 2010? Nuestra previsión a medio plazo es que este periodo actual de expansionismo quizás se revertirá. Por un lado, los legisladores se darán cuenta del error que cometieron con la reforma de la libertad condicional y lo subsanarán, pues

¹⁶ Las estadísticas también reflejan un aumento importante no del homicidio consumado, pero sí de las tentativas de homicidio, que pasan de 1096 de media (años 2015-2019) a 1642 (años 2022-2024) y que también pueden haber afectado a las entradas en prisión (Portal Estadístico de Criminalidad).

¹⁷ Comparando el periodo prepandemia (2015-2019) y post pandemia (2022-2024) las penas de prisión de más de 2 y hasta 5 años aumentan un 8,5% y las penas superiores a 5 años un 12,5% (Instituto Nacional de Estadística).

ello es también una exigencia de la política criminal Europa¹⁸. Adicionalmente, aun cuando posiblemente la delincuencia se mantenga en los niveles actuales, si la delincuencia violenta no aumenta, prevalecerán razones de efectividad para que las penas alternativas a la prisión sean la respuesta normal a la delincuencia. Respecto de los delitos contra la libertad sexual, la situación es más compleja porque intuimos tendencias en sentidos contrarios. Por una parte, creemos que, al igual que ha pasado con el resto de delitos violentos, la intolerancia de la sociedad hacia esta forma de violencia llevará a que se avance cada vez más en la prevención de estas conductas, aunque es posible que pasen unos años antes de que se noten sus efectos. Pero, por otra parte, una mayor conciencia social respecto a la gravedad de estos delitos puede influir tanto en el aumento de denuncias como en el desarrollo de prácticas más efectivas de abordaje policial y judicial del problema, lo cual es razonable pensar que conducirá a un incremento de los delitos enjuiciados y eventualmente condenados. Añádase a ello que finalmente, tras las diversas reformas de los delitos sexuales llevadas a cabo los últimos años, existe acuerdo en que la regulación actual de estos delitos es la más punitiva de la historia y entonces es de prever que los delitos sexuales sigan aportando un flujo importante de presos.

José Cid Moliné y Daniel Varona Gómez

Referencias

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, «Sobre la punitividad: Hacia una agenda de investigación sobre los cambios en el clima penal», *Boletín Criminológico*, 226, 2024, pp. 1 ss.

CAPDEVILA CAPDEVILA, Manel (coord.), *Tasa de reincidencia penitenciaria 2020*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2023.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, *Libertad condicional y sistema penitenciario*, Tirant lo Blanch, 2019.

CID MOLINÉ, José, «El futuro de la prisión en España», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 18, 2020, pp. 1 ss.

DÜNKEL, Frieder/PRUIN, Ineke/STORGAARD, Anette/WEBER, Jonas, «Comparable aims and different approaches: prisoner resettlement in Europe – concluding thoughts», en DÜNKEL, FRIEDER/PRUIN, INEKE/STORGAARD, ANETTE/WEBER, JONAS (eds.), *Prisoner Resettlement in Europe*, Routledge, 2019, pp. 481 ss.

KARIMI-HAGHIGHI, Marzieh/CASTILLO, Carlos/TOLAN, Songül/LUM, Kristian, «Effect of conditional release on violent and general recidivism: A causal inference study», *Journal of Experimental Criminology*, 21, 2023, pp. 407 ss.

¹⁸ DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER, «Comparable aims and different approaches: prisoner resettlement in Europe – concluding thoughts», en DÜNKEL/PRUIN/STORGAARD/WEBER (eds.), *Prisoner Resettlement in Europe*, Routledge, 2019, pp. 481 ss.

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València

Fernando Gómez Pomar
Universitat Pompeu Fabra

Adrián Segura Moreiras
Universitat Pompeu Fabra

-

Repensando los derechos de tanteo y retracto

Sumario

-

Los derechos de tanteo y retracto otorgan a su titular la facultad de adquirir un bien en las mismas condiciones acordadas por el propietario y un tercero oferente o adquirente. Estos derechos cuentan con una larga tradición y, en numerosos ámbitos, se observa su expansión y presencia creciente. Un ejemplo de este fenómeno se encuentra en los derechos otorgados por el legislador a las administraciones públicas en muy diversos ámbitos y sobre bienes de distinta naturaleza. En el presente trabajo se analizan los considerables costes y los dudosos beneficios que, de modo general, se derivan de estos derechos de adquisición preferente.

Abstract

-

Rights of first refusal allow their holder to acquire an asset under the same conditions agreed upon by the owner and a third-party offeror or buyer. These rights have a long-standing tradition and, in numerous areas, are becoming increasingly common. An example of this expansion is to be found in the rights granted by legislation to public bodies in various areas and over assets of different kinds. This paper analyzes the considerable costs and the questionable benefits generally derived from these rights.

Title: Rethinking rights of first refusal

-

Palabras clave: Derechos reales, derechos de adquisición preferente, limitaciones de la propiedad; derechos de tanteo y retracto.

Keywords: Property, rights of first refusal.

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.01

1.2026

Recepción
04/09/2025

-

Aceptación
22/12/2025

-

Índice

-

1. *Introducción*

2. *Costes de los DTR*

2.1. Impacto sobre las ganancias esperadas de las personas implicadas en la transmisión del bien

2.1.1. Riesgo de asignación ineficiente del bien y riesgo de que el titular del DTR adquiera el bien por un precio inferior al que se hubiera pagado en ausencia del DTR

2.1.2. Reducción de las ganancias esperadas del propietario de un bien cuando la transmisión está sujeta a un DTR

2.1.3. Reducción de las ganancias esperadas de los oferentes que carecen del DTR

2.1.4. Incremento de las ganancias esperadas del titular del DTR

2.1.5. ¿Se pueden incrementar los beneficios conjuntos de las partes cuando pactan un DTR?

2.1.6. Reducción de las ganancias esperadas agregadas de todos los implicados

2.2. Disuasión de los oferentes

2.3. Incremento de los costes de transacción

2.3.1. Costes de comunicación y espera

2.3.2. Costes de evaluación de la transacción

3. *Beneficios de los DTR*

3.1. ¿Facilitar transacciones socialmente deseables?

3.2. ¿Evitar actuaciones fraudulentas?

3.3. ¿Corregir externalidades? ¿Propiciar relaciones de cooperación socialmente beneficiosas?

4. *El caso singular de las cláusulas de salida en sociedades cerradas*

5. *La justificación de los DTR: un balance jurídico*

5.1. Afectación negativa al derecho de propiedad y a los principios de igualdad, libre competencia y eficiencia

5.2. El caso *prima facie* a favor de ciertos DTR

5.3. DTR sin justificación

5.3.1. DTR en licitaciones públicas

5.3.2. DTR autoconferidos por los poderes públicos en determinados casos

6. *Conclusiones*

Anexo I. Subasta con sobre cerrado y a primer precio sin DTR

Anexo II. Subasta con sobre cerrado y a primer precio con DTR

Anexo III. DTR previsto en la legislación valenciana de vivienda

7. *Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

«Ya es tiempo de hacer ver los inconvenientes que resultan a la agricultura y al valor de las mismas propiedades de este abuso mantenido en España por espacio de tantos siglos [...] ¿Qué sucederá si la finca recae en un pariente poco industrioso o destituido de medios para adelantar el cultivo de ella? Claro es el resultado: producirá poco; al paso que si hubiera recaído en un extraño provisto de medios para mejorarla, se haría más productiva y en ello ganaría la causa pública.

Además, una finca que se pone en venta con esta calidad de retracto no puede tener tanto precio como si se dispusiese de ella libremente; porque muchos compradores se retraen sabiendo que después de vendida aquélla podrá quitársela un pariente; y es bien claro que la mayor o menor concurrencia de compradores hace subir o bajar el precio de las cosas» (Exposición de Motivos del Proyecto de Código Civil español de 1836).

1. Introducción¹

La demanda de derechos frente al legislador, quien los crea y atribuye con un simple párrafo en un texto legal, es tan antigua como el Derecho en cuanto que institución social. Cuando el envés de un cierto derecho no se corresponde con un «deber» tangible de pagar o prestar, sino que se traduce en una mera «sujeción» a la decisión del titular del derecho, la tentación del legislador de dar satisfacción a la demanda de derechos sin deudor es casi irresistible.

Los derechos de adquisición preferente, de larga tradición en distintos sectores y hoy en claro proceso de expansión y multiplicación, ofrecen una de las mejores ilustraciones de la proliferación de derechos sin coste visible o evidente que pueblan la legislación española.

Los modelos y manifestaciones más comunes de los derechos de adquisición preferente son el tanteo y el retracto (a su vez, con distintas variantes), pero hay otros derechos de esta clase: pacto de retroventa, derecho de redención a carta de gracia, derecho de opción, derecho de primera oferta, etc. En este trabajo, elegimos los derechos de tanteo y retracto (DTR, en adelante) por ser los más frecuentes y representativos de entre los derechos de adquisición preferente en los distintos sectores del ordenamiento, aunque somos conscientes de que en algunos ámbitos concretos otros derechos de adquisición preferente son igualmente relevantes (la opción de compra en el tráfico inmobiliario, los derechos de primera oferta, de manera creciente, en las sociedades cerradas).

Los DTR se limitan a otorgar a su titular la facultad de adquirir un bien o un derecho ajeno en las mismas condiciones que acuerde el dueño del bien o derecho y un tercero que ofrece o se compromete a adquirirlo. La diferencia entre tanteo y retracto, como es sabido, estriba en que el derecho de tanteo se ejercita antes de que la adquisición por el tercero oferente haya tenido lugar, mientras que el de retracto se ejercita una vez consumada aquella.

Como es fácil de entender, entre tanteo y retracto la conexión es estrecha, pues «son dos manifestaciones del mismo derecho de adquisición preferente»². Ambos facultan para adquirir

¹ Los autores quieren expresar su más sincero agradecimiento por los comentarios y discusiones previas a la publicación de este artículo a Cándido Paz-Ares, Maribel Sáez Lacave, Josep Santdiuenge, Sheila Canudas, Eduardo Bagaría, Rafael Verdera, Juan Martínez Otero, Alberto Aznar, Reyes Marzal, Claudia Gimeno y a los participantes en los seminarios de la Universitat de València, Universitat Pompeu Fabra y Uría Menéndez. Cualquier error u omisión es responsabilidad exclusiva de los autores de este artículo. Los autores también agradecen a Valentín Mateos su ayuda para obtener la información con la que se ha elaborado el anexo III.

² FLORES GONZÁLEZ (2014). Véase, también, la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, comentada en este punto por MAS BADÍA (2020: 141-149).

un bien o un derecho con preferencia sobre cualquier otra persona (o, al menos, sobre ciertas categorías de personas). Con frecuencia, los dos se otorgan cumulativamente al mismo sujeto o beneficiario, que, por lo general, sólo puede ejercer el derecho de retracto cuando no se le dio la oportunidad efectiva de ejercer antes el de tanteo, bien porque no se le informó previamente de la transacción acordada entre el propietario y el tercero bien porque ésta se produjo efectivamente en condiciones distintas de las comunicadas anteriormente. En consecuencia, la renuncia al ejercicio del derecho de tanteo implica, por regla general, la imposibilidad de ejercer posteriormente el de retracto³.

Hay dos grandes especies de DTR por su origen. Unos son creados por los interesados mediante acuerdo o convención –de ahí la denominación de convencionales–. Otros son criaturas de las normas legales, pues se crean y defieren por una ley u otra norma jurídica válida para ello⁴. Ejemplos de DTR legales los encontramos en los otorgados a los colindantes⁵, a los socios respecto de las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada⁶, a los comuneros⁷, a los condóminos navales⁸, a los cotitulares de patentes y de marcas⁹, a los coherederos¹⁰, a los arrendatarios¹¹ y a los dueños directos y los enfiteutas¹². Esto en el ámbito del Derecho privado, pues el Derecho público también contiene una larga lista de DTR, como señalamos más abajo.

Algunos DTR legales se otorgan sólo en favor de personas de una determinada naturaleza. Por ejemplo, sólo las personas físicas son titulares del derecho de abolorio aragonés, de la tornería aranesa, de los derechos gentilicios navarros o de la preferencia troncal vizcaína. Nada más ciertas administraciones públicas pueden ejercer los DTR previstos en la legislación de algunas Comunidades Autónomas con la finalidad de ampliar el parque público de vivienda¹³. Hay DTR legales que pueden tener como titular a cualquier tipo de persona, física o jurídica, que se encuentre en la situación definida por la norma atributiva del derecho de adquisición. Es el caso, por ejemplo, de los otorgados a los colindantes y los comuneros.

³ En el art. 1638 del Código civil se contempla una excepción a esta regla general para el caso de la enfiteusis.

⁴ La distinción entre derechos de adquisición preferente convencionales y legales no se superpone a la del carácter personal o real de estos derechos. Los derechos de adquisición preferente pueden tener carácter real (p. ej., arts. 1506, 1510 y 1520 CC, art. 568-2 del [Código Civil de Cataluña](#), art. 14 del [Reglamento Hipotecario](#)), con efectos *erga omnes*, siendo entonces la preferencia adquisitiva un derecho real que grava un cierto bien o activo. De hecho, los retractos legales, salvo que las normas que los establecen dispongan otra cosa, no se ven afectados por las reglas de irreivindicabilidad ni por la protección del tercero hipotecario (art. 37.Tercero de la [Ley Hipotecaria](#)). Pero también existen derechos de adquisición preferente de naturaleza personal, no real: la preferencia adquisitiva es un derecho personal del titular frente a quien se lo otorgó o sus causahabientes. Los derechos de adquisición legales tienen –salvo que la ley que los establezca prevea otra cosa– típicamente carácter real, pero los derechos de origen convencional pueden tener naturaleza real o personal.

⁵ Art. 1523 CC.

⁶ Art. 107.2.c) del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ([Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio](#)).

⁷ Art. 1522 CC.

⁸ Art. 155 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima.

⁹ Art. 80.2.a) de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, y art. 46.1 de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

¹⁰ Art. 1067 CC.

¹¹ Art. 25 de la [Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos](#).

¹² Art. 1636 CC.

¹³ Véase, por ejemplo, los arts. 50-52 de la [Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana](#); así como MARZAL RAGA (2024).

Los DTR cuentan con una larga aunque azarosa tradición¹⁴. Cabe afirmar, con cierta presunción simplificadora, que existe una correlación negativa entre la presencia de DTR y el grado de libertad económica y de fortaleza del derecho a la propiedad privada en los correspondientes ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en el Derecho romano clásico, en el que la propiedad privada y, en particular, la libertad de disposición del propietario estaba sometida a muy escasas limitaciones, los DTR legales eran prácticamente inexistentes. Sólo en época tardía se regula alguno, como el relativo a la enfiteusis¹⁵. En la Alta Edad Media comienzan a aparecer en los ordenamientos jurídicos hispánicos no pocos DTR legales, algunos de los cuales, como el derecho de abolorio aragonés, todavía perviven hoy¹⁶. Otros de carácter gentilicio cristalizan durante la Baja Edad Media, período en el cual se acentúan y consolidan prácticas anteriores¹⁷.

Tras el triunfo de las revoluciones burguesas en el siglo XIX y de la concepción de la propiedad privada como un derecho «inviolable y sagrado», los DTR tienden a ser considerados como figuras «odiosas» y de interpretación restrictiva, por cuanto limitan la libertad de disponer¹⁸. De hecho, muchos de ellos son abolidos entonces¹⁹. A lo largo de los siglos XX y XXI, en el contexto de un creciente intervencionismo público y debilitamiento de la propiedad privada²⁰, se produce un «renacimiento» de los DTR²¹.

Los DTR plantean una intrigante cuestión. Actualmente, estos derechos son muy comunes en diferentes ámbitos de la vida social y económica: respecto de la enajenación de ciertos inmuebles, obras de arte y acciones y participaciones de sociedades cerradas, la prestación de servicios en los sectores del deporte y del entretenimiento, arrendamientos, franquicias, concesiones, etc. Se consideran casi un elemento «natural y necesario» allá donde confluyen distintas titularidades sobre un cierto activo²².

Como ya se ha indicado, su presencia y multiplicación no se circunscriben al Derecho privado, sino que florecen en el Derecho público, donde cada vez son más numerosos y relevantes los otorgados a las autoridades administrativas²³ en las más diversas materias: patrimonio histórico,

¹⁴ Véase el interesante estudio de PACHECO CABALLERO (1990).

¹⁵ Véase MEGÍAS QUIRÓS (2021).

¹⁶ LÓPEZ AZCONA (2007).

¹⁷ MEGÍAS QUIRÓS (2021).

¹⁸ Aunque ya en siglos anteriores hubo autores que se habían pronunciado en el mismo sentido. Véase PACHECO CABALLERO (1990: 938 y 939).

¹⁹ COCA PAYERAS (1988: 68-160).

²⁰ VERDERA SERVER (2023).

²¹ COCA PAYERAS (1988: 161-256).

²² En el Derecho civil catalán, se han introducido DTR donde han surgido nuevas formas de concurrencia de titularidades (propiedad compartida: art. 556-10 CCCat), e incluso en ámbitos tradicionales en los que no se contemplaban (en favor del nudo propietario en caso de transmisión del usufructo: arts. 561-9.2 y 561-10 CCCat).

²³ Véase, entre otros, MENDOZA OLIVÁN (1992); MORILLO-VELARDE PÉREZ (2004); CARAZA CRISTÍN (2006); HERNÁNDEZ TORRES (2009); PUÑET GÓMEZ (2011); SÁNCHEZ HERNÁNDEZ (2016); DAMROSH (2020); ARROYO YANES (2021); BARCELONA LLOP (2023); MARZAL RAGA (2024).

cultural y artístico²⁴, espacios naturales protegidos²⁵, patrimonio forestal²⁶, ordenación del litoral²⁷, aprovechamientos de bienes comunales²⁸, costas²⁹, puertos³⁰, aeropuertos³¹, carreteras³², urbanismo³³, taxis³⁴, mercados municipales³⁵, plazas turísticas³⁶, caza³⁷, fincas agrarias³⁸, fincas rústicas³⁹, plantaciones vitivinícolas⁴⁰, instalaciones deportivas⁴¹, etc. También podemos encontrar leyes que otorgan a particulares DTR respecto de los títulos administrativos habilitantes del ejercicio de ciertas actividades (por ejemplo, autorizaciones de transporte)⁴².

Sin embargo, existen estudios económicos, tanto teóricos como empíricos, que sugieren que, en la mayoría de los casos, ni las partes contratantes (cuando se trata de los DTR convencionales) ni el legislador (en el caso de los legales) hacen bien en establecerlos, por cuanto los DTR tienden a reducir los beneficios que para las partes pueden derivarse de la correspondiente relación contractual, así como a afectar negativamente al bienestar general.

Como se apuntaba más arriba, acaso la persistencia, continuado atractivo y expansión de los DTR estén ligados a su *apariciencia de inocuidad*. Tanto entre legos como entre personas versadas en Derecho está bastante extendida la percepción de que los DTR no conllevan perjuicio patrimonial significativo alguno ni para los propietarios de los bienes gravados con estos derechos ni para las

²⁴ Véase, por ejemplo, el art. 38 de la [Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español](#).

²⁵ Véase, por ejemplo, el art. 40 de la [Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad](#); el art. 61 de la [Ley 2/2023, de 31 de enero, de biodiversidad y patrimonio natural de La Rioja](#).

²⁶ Véase, por ejemplo, el art. 25 de la [Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes](#).

²⁷ Art. 68 de la [Ley 4/2023, de 6 de julio, de ordenación y gestión integrada del litoral de Galicia](#).

²⁸ Véase el art. 48 de la [Ley 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía](#).

²⁹ Véase el art. 29 y la disposición adicional 3ª de la [Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas](#).

³⁰ Véase, por ejemplo, el art. 45.1 de la [Ley 2/2018, de 28 de junio, de Puertos y Transporte Marítimo del País Vasco](#); y los arts. 55.5 y 74 de la [Ley catalana 10/2019, de 23 de diciembre, de puertos y de transporte en aguas marítimas y continentales](#).

³¹ Véase el art. 34 de la [Ley 14/2009, de 22 de julio, de aeropuertos, helipuertos y otras infraestructuras aeroportuarias](#).

³² Véase el art. 30.9 de la [Ley 37/2015, de 29 de septiembre, de carreteras](#).

³³ Véase, por ejemplo, el art. 83 del texto refundido de la [Ley andaluza de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística \(Decreto Legislativo 1/2023, de 28 de febrero\)](#).

³⁴ Véase el art. 42.2 de la [Ley 9/2018, de 20 de diciembre, de transporte público de viajeros por carretera de Castilla y León](#).

³⁵ Véase el art. 17.7.d) de la [Ley catalana 18/2017, de 1 de agosto, de comercio, servicios y ferias](#).

³⁶ Véase la disposición adicional 14ª de la [Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Illes Balears](#).

³⁷ Véase el art. 21 de la [Ley vasca 2/2011, de 17 de marzo, de caza](#).

³⁸ Véase el art. 50 de la [Ley Foral 1/2002, de 7 de marzo, de Infraestructuras Agrícolas](#).

³⁹ Véase el art. 45 de la [Ley 4/1989, de 21 de julio, de Ordenación Agraria y Desarrollo Rural](#).

⁴⁰ Véase el art. 11.8 de la [Ley 2/2005, de 27 de mayo, de Ordenación del sector vitivinícola de la Comunidad Valenciana](#).

⁴¹ Art. 73 de la [Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte](#).

⁴² Art. 38.3 de la [Ley 14/2005, de 29 de diciembre, de ordenación del transporte de personas por carretera en Castilla-La Mancha](#). Otras leyes autonómicas, en cambio, excluyen explícitamente semejantes DTR. Véase el art. 22.1 de la [Ley catalana 12/1987, de 28 de mayo, de regulación del transporte de viajeros por carretera mediante vehículos de motor](#).

partes que los acuerdan ni para los terceros interesados en adquirirlos ni, en general, para la sociedad⁴³.

En la medida en que el individuo que ejerce un DTR ha de pagar el precio convenido por el propietario y un tercero, así como compensar los gastos en los que ambos hubieran incurrido eventualmente para llevar a cabo la transacción, ¿dónde está el coste? ¿Qué daño puede haber? En términos más técnicos y utilizando la jerga económica, el ejercicio del DTR por su titular determina una «mejora de Pareto»: permitiría reasignar un bien de modo que la situación del titular del derecho mejoraría sin que la situación de los demás individuos implicados empeorase. ¿Quién puede oponerse a una operación que beneficia a una persona dejando a las demás esencialmente como estaban?

Las cosas, sin embargo, no siempre son como parecen a primera vista: «la naturaleza ama ocultarse». Y en este caso, como veremos, los costes derivados de los DTR son más serios y cuantiosos de lo que habitualmente se supone.

En este trabajo presentamos un análisis de los costes y beneficios que pueden derivarse del establecimiento de un DTR. Solo tras este examen es posible sopesar si y, en su caso, en qué condiciones y con qué alcance estaría justificado establecer un determinado DTR en una cierta circunstancia.

El trabajo se organiza del siguiente modo. La sección 2 analiza en detalle los costes que generan los DTR, desglosando sus efectos sobre las ganancias de las partes, la disuasión de oferentes y el aumento de los costes de transacción. La sección 3 examina desde un enfoque crítico los posibles beneficios de estos derechos, como la facilitación de transacciones socialmente deseables, la prevención de fraudes y la corrección de externalidades. En la sección 4 se aborda el caso singular de las cláusulas de salida en sociedades cerradas, analizando una muestra de pactos parasociales, en los que los socios suelen regular la transmisión de las participaciones en la sociedad. La sección 5 ofrece un balance jurídico sobre la justificación de los derechos de tanteo y retracto, considerando su impacto sobre el derecho de propiedad y otros principios fundamentales. Finalmente, la sección 6 recoge las principales conclusiones del trabajo.

2. Costes de los DTR

2.1. Impacto sobre las ganancias esperadas de las personas implicadas en la transmisión del bien

2.1.1. Riesgo de asignación ineficiente del bien y riesgo de que el titular del DTR adquiera el bien por un precio inferior al que se hubiera pagado en ausencia del DTR

⁴³ Sirva como ejemplo lo señalado por uno de los civilistas españoles que más ha escrito sobre los DTR: «el gravamen para el propietario existe, pero es de baja intensidad: [...] simplemente se limita la elección de la persona del adquirente, y en cualquier caso sin que ello le suponga un perjuicio patrimonial» (BOSCH CAPDEVILA, 2022: 161 y 162). En cambio, Díez Soto (2000: 66) advierte que el retracto puede afectar negativamente a «todos los sujetos interesados en una determinada transmisión». Según ARNAIZ RAMOS (2025: 125 y 126), «cabe plantear la posibilidad de que el establecimiento del derecho de tanteo [...] pueda provocar pérdidas patrimoniales en quien tiene intención de transmitir».

Los DTR pueden producir dos relevantes efectos que, a su vez, pueden impactar de manera considerable sobre las ganancias esperadas que para las personas implicadas en la transmisión del bien gravado con el derecho se derivan de ésta. En primer lugar, pueden provocar que el bien sea adquirido por una persona –la titular del DTR– que no es la que más valora el bien, la que mayor utilidad puede obtener del objeto sobre el cual recae el derecho de adquisición⁴⁴. En segundo lugar, esa persona puede acabar pagando por el bien un precio inferior al que se hubiera pagado si no se le hubiera otorgado el DTR.

Supongamos, para ilustrar ambos efectos, que el propietario de una cosa pretende enajenarla. Ésta tiene un valor para él que ciframos a título ejemplificativo en 2.000 €. Por tanto, el propietario no vendería la cosa por menos de 2.000 €, pues si lo hiciera su bienestar se reduciría frente a la situación en que mantiene la cosa en su propiedad. Hay (sólo) tres personas potencialmente interesadas en hacerse con la cosa: Víctor, Adrián y Juan, quienes la valoran, respectivamente, en 7.500 €, 6.000 € y 4.000 €. Estas cantidades, por tanto, representan el máximo que cada uno de ellos estaría dispuesto a pagar por la cosa, pues si pagaran un precio mayor a la valoración que tienen de ella, su bienestar se reduciría, algo que un agente racional no elegiría hacer.

Imaginemos que el propietario decide enajenarla mediante una subasta ascendente («inglesa»), en la que los interesados van subiendo sus pujas céntimo a céntimo. El escenario es artificial, desde luego, pues la mayor parte de las transmisiones no siguen un procedimiento organizado de subasta. Pero este entorno simplificado permite ilustrar con precisión la lógica del argumento económico subyacente, cuya validez no depende de los detalles del escenario.

El resultado de aplicar este mecanismo de subasta es que Juan se retira en cuanto el precio rebasa los 4.000 €. Adrián se retira cuando el precio pasa un céntimo de 6.000 €. Y Víctor adquiere la cosa por 6.000,01 €. Nótese que la subasta es un mecanismo de enajenación⁴⁵ orientado a la eficiencia, esto es, a que el bien subastado vaya a parar a la persona que más lo valora. En nuestro ejemplo, el potencial interesado con la valoración más alta es Víctor (véase la tabla 1).

Tabla 1. Subasta ascendente					
		Sin DTR		Con DTR	
	Valor del bien	Oferta	Beneficio	Oferta	Beneficio
Víctor	7.500,00	*6.000,01	1.499,99	4.000,01	0,00
Adrián (posible tit. DTR)	6.000,00	6.000,00	0,00	*4.000,01	1.999,99
Juan	4.000,00	4.000,00	0,00	4.000,00	0,00
Propietario	2.000,00	-	4.000,01	-	2.000,01
Adrián + Propietario	-	-	4.000,01	-	4.000,00
Todos	-	-	5.500,00	-	4.000,00

⁴⁴ Así se advertía ya, para justificar la abolición del retracto gentilicio, en la exposición de motivos del Proyecto de Código civil español de 1836: «¿Qué sucederá si la finca recae en un pariente poco industrioso o destituido de medios para adelantar el cultivo de ella? Claro es el resultado: producirá poco; al paso que si hubiera recaído en un extraño provisto de medios para mejorarla, se haría más productiva y en ello ganaría la causa pública».

⁴⁵ Existen numerosas variantes de la subasta (abierta o con pliegos cerrados, ascendente o descendente, a primer o a segundo precio) y distintos escenarios (subasta conjunta de varios bienes o subasta individual, valoraciones independientes o comunes en los interesados), que influyen en el resultado de una subasta en términos de eficiencia y de rendimiento para el titular inicial del objeto de la subasta. El tratamiento –muy complejo– de estas cuestiones constituye uno de los campos de aplicación más relevantes de la teoría de juegos. Una síntesis técnica de la materia en MASCHLER, SOLAN y ZAMIR (2013). Una introducción más asequible en KLEMPERER (2004).

En este escenario de subasta abierta ascendente, introduzcamos ahora un DTR y comprobemos su efecto. Supongamos que Adrián es titular de un DTR que le permite comprar la cosa pagando por ella el mismo precio por el que resulte adjudicada en la referida subasta. En tal caso, Juan se retira de la puja cuando el precio alcanza los 4.000 €. Víctor resulta adjudicatario a un precio de 4.000,01 €. A continuación, Adrián, en ejercicio de su derecho de preferencia, adquiere la cosa por esta misma cantidad. Puede apreciarse que este derecho provoca, de un lado, que el bien objeto de la licitación no resulte asignado a la persona que más lo valora, sino al titular del DTR y, de otro lado, que el bien se venda por un precio que es 2.000 € inferior al precio que se hubiera pagado si el DTR no hubiera existido.

A resultados análogos se llega cuando la cosa se adjudica a través de otros tipos de procedimientos competitivos organizados o de subasta, por ejemplo, mediante una «subasta a sobre cerrado y primer precio», en la que cada licitador presenta una oferta oculta para los demás licitadores y gana quien haya ofertado el mejor precio, que ha de ser pagado por el ganador (véase la tabla 2).

Tabla 2. Subasta a sobre cerrado y primer precio					
		Sin DTR		Con DTR	
	Valor del bien	Oferta	Beneficio	Oferta	Beneficio
Víctor	7.500,00	*5.000,00	2.500,00	5.000,00	0,00
Adrián (posible tit. DTR)	6.000,00	4.000,00	0,00	*5.000,00	1.000,00
Juan	4.000,00	2.666,67	0,00	2.666,67	0,00
Propietario	2.000,00	-	3.000,00	-	3.000,00
Adrián + Propietario	-	-	3.000,00	-	4.000,00
Todos	-	-	5.500,00	-	4.000,00

Imaginemos que a una subasta de este tipo concurren como licitadores los tres individuos señalados antes, y supongamos que todos ellos son neutrales frente al riesgo. Cada uno de ellos sabe exactamente cuál es su propia valoración del bien subastado, pero no las valoraciones individuales de los restantes licitadores. Respecto de las valoraciones de sus competidores –que determinan lo que éstos estarían dispuestos a pagar por dicho bien–, cada uno de los tres licitadores sólo puede estimar una probabilidad, que está uniformemente distribuida entre 0 y 10.000 €. La teoría de juegos predice que, en este escenario, la estrategia que maximiza la utilidad esperada de los tres licitadores y que tendencialmente adoptarán todos ellos consiste en presentar una oferta igual a dos tercios del valor que el bien subastado tiene para cada uno⁴⁶.

Es decir, en una subasta de esta clase, Víctor oferta 5.000 €; Adrián, 4.000 €; y Juan, 2.666,66 €. Así, las cosas, el bien será adquirido por Víctor, que paga un precio de 5.000 € al vendedor.

El resultado es distinto si se otorga a uno de los licitadores un DTR que le faculta para adquirir la cosa subastada pagando por ella el mismo precio por el que resultó adjudicada. La estrategia dominante para este individuo consiste en no presentar oferta alguna, esperar el resultado de la subasta y, en el caso de que el precio de adjudicación sea inferior al valor que para él tiene la cosa, adquirirla mediante el ejercicio del derecho de adquisición que ostenta. Para los restantes dos licitadores, la estrategia óptima es exactamente la misma que en un escenario sin DTR:

⁴⁶ Véase *infra*, Anexo I.

presentar una oferta igual a dos tercios del valor que el bien subastado tiene para cada uno de ellos⁴⁷.

En el ejemplo anterior, Víctor presenta una oferta de 5.000 €; y Juan, una de 2.666,66 €. A continuación, Adrián compra la cosa subastada pagando por ella 5.000 € al propietario. Puede verse que también en este caso se produce un resultado ineficiente, pues la cosa tampoco termina en las manos de la persona que más la valora (Víctor), sino en poder del titular del DTR.

El DTR no provoca necesariamente que el bien en cuestión sea adquirido por una persona que no es la que más lo valora y por un precio inferior al que se hubiera pagado en ausencia de un DTR. Ambos resultados sólo se producen si se cumplen cumulativamente dos condiciones. La primera es que el referido derecho haya sido otorgado a una persona que no es la que más valora el bien objeto del DTR. La segunda es que el precio acordado por el propietario y el tercero interesado sea inferior al valor que dicho bien tiene para el titular del mentado derecho. Cuanto mayor sea la probabilidad de que se cumplan ambas condiciones, mayor será el riesgo de que se produzcan ambos efectos combinados del DTR.

Si el DTR se atribuye a la persona que más valora el bien, entonces ésta podrá adquirirlo por un precio inferior al que hubiera pagado de haber carecido de aquél.

2.1.2. Reducción de las ganancias esperadas del propietario de un bien cuando la transmisión está sujeta a un DTR

La STC 154/2015, de 9 de julio, sostiene que el ejercicio de un DTR sólo causa un perjuicio relevante al propietario afectado si éste tiene un interés en que el adquirente del bien sea una persona determinada y distinta del titular del referido derecho de adquisición.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho también puede ocasionar perjuicio a los propietarios aun cuando les resulte indiferente la identidad de quien finalmente adquiera el bien en cuestión. El DTR reduce los beneficios esperados que los propietarios pueden obtener al poner a la venta los bienes sujetos al derecho de adquisición⁴⁸. Es decir, reduce el valor de enajenación que éstos tienen para sus propietarios.

Volvamos al ejemplo de la subasta ascendente. Recordemos que, en un escenario en el que ningún potencial comprador ostenta un DTR sobre la cosa subastada, el propietario obtiene por su venta 6.000,01 €. Si, por el contrario, Adrián es titular de un DTR, el propietario obtiene 4.000,01 €. Es decir, la introducción de ese derecho le ocasiona a este último un perjuicio considerable, pues reduce el precio de venta en un 33% y sus beneficios derivados de la venta caen en un 50%.

Si en esta subasta el titular del DTR es Víctor, Juan se retira de la subasta cuando el precio alcanza los 4.000 € y Adrián resulta adjudicatario por un precio de 4.000,01 €. A continuación, Víctor, en ejercicio de su derecho de adquisición, obtiene el bien por esta última cantidad. El resultado para el propietario es prácticamente el mismo que en el caso anterior. Recibe un precio 33% inferior

⁴⁷ Véase *infra*, Anexo II.

⁴⁸ Véase CHOUINARD (2005).

al que hubiese recibido de no haber existido el mentado derecho. Y sus beneficios menguan en un 50%.

La presencia de un DTR no provoca necesariamente este perjudicial resultado para el propietario. Si para vender el bien se utiliza una subasta ascendente o una subasta a «sobre cerrado y segundo precio», el perjuicio «sólo» se produce cuando ese derecho se otorga a cualquiera de los dos potenciales compradores que dan mayor valor al bien subastado. Si para efectuar la venta se utiliza una subasta descendente («japonesa» u «holandesa») o una subasta a sobre cerrado y primer precio, el perjuicio se produce si el derecho se otorga al potencial comprador que más valora el bien subastado y que en ausencia de ese derecho habría presentado la oferta más elevada. Cuanto mayor sea la probabilidad de que se cumplan estas condiciones, mayor será el riesgo de que el DTR reduzca el valor esperado de enajenación que el bien sujeto al DTR tiene para su propietario.

2.1.3. Reducción de las ganancias esperadas de los oferentes que carecen del DTR

La atribución de un DTR a una determinada persona perjudica, obviamente, a quienes compiten con ella por adquirir el bien en cuestión. La presencia de un DTR puede provocar que el interesado que más valora el bien correspondiente y que formula la mejor oferta con el objeto de hacerse con él finalmente no lo adquiera, si el valor que el bien tiene para el titular del DTR es superior al de esa mejor oferta.

En el ejemplo del mecanismo de la subasta inglesa, puede apreciarse que Víctor, la persona que más valora el bien subastado, lo adquiere por 6.000,01 € y obtiene un beneficio (valoración menos precio) igual a 1.499, 99 €. En la subasta a sobre cerrado y primer precio, el resultado es similar. Víctor adquiere el bien por 5.000 € y obtiene un beneficio de 2.500 €. Si, en cambio, en cualquiera de ambos casos, se atribuye un DTR a Adrián, Víctor no obtiene el bien (aunque es quien más lo valora) ni, por tanto, beneficio alguno. Obsérvese que, en presencia de un DTR, la puja de Víctor (4.000,01 en una subasta inglesa y 5.000 € en una subasta a sobre cerrado y primer precio) es inferior a la valoración que Adrián hace del bien (6.000 €).

2.1.4. Incremento de las ganancias esperadas del titular del DTR

En principio, el DTR puede generar cuando menos dos efectos positivos para su titular. En primer lugar, en los casos en los que ésta es la persona que más valora el bien en cuestión y que, por consiguiente, tendería a hacer la mejor oferta por él y, en consecuencia, a adquirirlo, aunque no contara con el DTR, obtiene el bien por un precio inferior al que hubiera pagado en ausencia del derecho de adquisición.

En el anterior ejemplo de la subasta ascendente, ya hemos observado que, si ninguno de los licitadores es titular de un DTR, el bien se le adjudica a Víctor, quien paga 6.000,01 € por él. Pero nótese que, si Víctor contara con un DTR, adquiriría el bien por 4.000,01 €, tras la puja final de Adrián, formulada con posterioridad a que Juan se retirara al llegar a los 4.000 €.

Análogamente, si en la subasta a sobre cerrado y primer precio ningún potencial licitador es titular de un DTR, Víctor adquiere el bien subastado pagando por él 5.000 €. En cambio, si Víctor fuera titular de un DTR, obtendría el mismo bien a cambio de la cantidad ofertada por Adrián, que es de 4.000 €.

El segundo efecto positivo consiste en que el DTR permite a su titular adquirir un bien –y obtener con ello ciertos beneficios– en casos en los que normalmente no lo adquiriría sin este derecho, porque no es quien más lo valora y, por lo tanto, no es quien tendería a hacer las mejores ofertas por él. Puede apreciarse que, en los dos ejemplos considerados, Adrián adquiere el bien subastado y pingües beneficios cuando (gracias a que) se le otorga un DTR. Sin ese derecho, nada gana.

2.1.5. ¿Se pueden incrementar los beneficios conjuntos de las partes cuando pactan un DTR?

Acabamos de ver que la presencia de un DTR reduce los beneficios que el propietario del bien gravado con él puede obtener al venderlo y aumenta los beneficios esperados que para el titular del DTR se derivan de la venta. Interesa señalar, no obstante, que en determinadas circunstancias la magnitud de este aumento es mayor que la de aquella reducción. Es decir, lo que el titular del DTR gana con éste es más de lo que el propietario pierde con él. Esta circunstancia puede mover a ambos a concertar un DTR a cambio de que quien se beneficia del derecho compense al propietario del bien por las pérdidas que el DTR pactado le ocasionaría en el supuesto de una futura enajenación.

Repárese en el ejemplo de la subasta a sobre cerrado y primer precio. Sin DTR, el propietario del bien y la persona que podría ser titular del DTR (Adrián) obtienen unos beneficios agregados de 3.000 € (el propietario, 3.000 €; y Adrián, nada). En cambio, con un DTR, esos beneficios agregados son de 4.000 € (el propietario gana 3.000 €; y Adrián, 1.000€).

El titular del DTR podría aprovechar los mayores beneficios esperados que le reportaría el derecho de adquisición para acordar con el propietario que se lo confiera antes de la subasta, a cambio del compromiso de –al menos– compensarle las pérdidas que el DTR le ocasione. Incluso pueden acordar repartirse entre ambos el beneficio total obtenido y del que han sido privados, al menos en parte, los terceros implicados desprovistos de DTR⁴⁹

Sin embargo, lo cierto es que ambos –el beneficiario del DTR y el propietario del bien o activo en cuestión– podrían celebrar otros pactos que permitirían incrementar todavía más sus ganancias conjuntas sin necesidad de establecer un DTR. En el ejemplo considerado, el propietario y Adrián podrían acordar repartirse de diversas maneras los beneficios generados por la celebración de una subasta sin DTR. En la medida en que, como seguidamente veremos, esta solución maximiza la suma de las ganancias esperadas de todos los implicados, los beneficios que pueden repartirse el propietario y dicha persona si renuncian a pactar un DTR son mayores que los que podrían obtener si lo pactaran. Por esta razón, y aunque suene contraintuitivo, acordar un DTR puede acabar siendo contraproducente hasta para su titular⁵⁰.

Imaginemos, a modo ilustrativo, que en una subasta a sobre cerrado y primer precio sin DTR se exige a los licitadores, para poder presentar sus ofertas, una cuota de 1.100 €, que se devuelve a quienes no resulten adjudicatarios del bien subastado (una exigencia muy habitual en la realidad, cfr. art. 647.1.3º LEC). Así las cosas, Víctor adquirirá el bien subastado pagando por él 5.000 € (más la referida cuota) y el propietario obtendrá un beneficio de 4.100 €, que podría repartirse ex

⁴⁹ Véase CHOI (2009).

⁵⁰ Véase, en sentido similar, GROSSKOPF y ROTH (2009).

ante con Adrián de modo que las ganancias de ambos fueran superiores a las que les reportaría la misma subasta con un DTR. Por ejemplo, el propietario podría quedarse 3.050€ y Adrián, 1.050€.

2.1.6. Reducción de las ganancias esperadas agregadas de todos los implicados

Varios estudios han puesto de relieve que el otorgamiento de un DTR a una de las partes implicadas en una posible transacción o enajenación puede provocar que los beneficios agregados que de ésta se podrían derivar para todas ellas sean inferiores a los que podrían obtenerse en ausencia del derecho de adquisición⁵¹. Expresado con otras palabras: la presencia de un DTR es ineficiente, reduce el bienestar agregado de los individuos potencialmente afectados.

La causa principal de este resultado es que el otorgamiento de un DTR genera el riesgo de que el bien correspondiente sea enajenado a un individuo –el titular del DTR– que no es quien tiene la valoración más alta del bien. Este es un resultado socialmente indeseable. Desde el punto de vista del bienestar agregado del conjunto de todas las personas implicadas, lo preferible es que el bien gravado con el derecho vaya a parar a quien le otorga mayor valor, a quien puede obtener mayor utilidad de su uso o explotación.

Recordemos que, en el ejemplo de la subasta ascendente, el bien, en ausencia de un DTR, será adquirido por la persona que más lo valora (Víctor), a cambio de pagar 6.000,01 € al propietario. Tras la subasta, el propietario obtiene un beneficio neto de 4.000,01 €. Y Víctor tiene una ganancia de 1.499,99 €. Adrián y Juan no ganan ni pierden nada. El beneficio social agregado se incrementa, pues, en 5.500 € como fruto de la enajenación del bien a Víctor.

En cambio, si en esta subasta se otorga un DTR a Adrián, éste adquiere la cosa por 4.000,01 €. El DTR provoca aquí una ineficiencia, pues el bien objeto de transmisión no resulta asignado a la persona que más lo valora. Tras la subasta con el DTR de Adrián, el propietario obtiene un beneficio neto de 2.000,01 €. Y el retrayente, una ganancia de 1.999,99 €. El beneficio social agregado se incrementa, por lo tanto, solo en 4.000 € por efecto de la transmisión del bien a Adrián. Es decir, 1.500 € menos de lo que hubiera aumentado el bienestar global si el DTR no hubiera existido.

En el caso de la subasta a sobre cerrado y primer precio sin DTR, el bien será adquirido por Víctor, quien pagará un precio de 5.000€. De resultados de la transacción, el vendedor obtiene un beneficio neto de 3.000 €. Y Víctor, uno de 2.500 €. El beneficio social agregado se incrementa, pues, en 5.500 € como consecuencia de la transmisión.

Pero, si en esta subasta Adrián cuenta con un DTR, entonces Adrián adquirirá el bien subastado por 5.000 €, a pesar después de no ser la persona que más lo valora. El propietario obtiene un beneficio neto de 3.000 €. Y el titular del DTR, una ganancia de 1.000 €. El beneficio social agregado se incrementa, por lo tanto, en tan solo 4.000€, esto es, 1.500€ menos de lo que hubiera aumentado el bienestar social por efecto de la transmisión en ausencia del DTR.

⁵¹ WALKER (1999); BIKHCHANDANI, LIPPMAN y RYAN (2005); CHOUINARD (2005); AROZAMENA y WEINSCHELBAUM (2007); BURGUET y PERRY (2007).

Un DTR no determina necesariamente que el bien en cuestión acabe siendo comprado por una persona que no es quien más lo valora. Este resultado ineficiente sólo tiene lugar si se cumplen cumulativamente dos condiciones. La primera es que el referido derecho haya sido otorgado a un individuo que no es el que tiene una valoración más alta del bien cuya transmisión se sujeta al DTR. La segunda es que el precio acordado por el propietario y el tercero interesado sea inferior a la valoración que el titular del DTR tiene del bien en cuestión. Cuanto mayor sea la probabilidad de que se cumplan ambas condiciones, mayor será el riesgo de que se materialice esta ineficiencia.

2.2. Disuasión de los oferentes

Preparar y presentar una oferta de compra se asocia a costes y gastos, a la vista de los beneficios o ventajas que se esperan obtener si la oferta conduce finalmente a una adquisición. En principio, siendo racionales y con los datos en la mano (o con una aproximación suficiente a éstos) los potenciales compradores prepararán y presentarán una oferta únicamente si los beneficios esperados (lo que incluye la ponderación de la probabilidad de éxito de su oferta) que ello puede reportarles son superiores a los costes anejos al estudio, preparación y formalización de la oferta.

Según hemos podido ver, el otorgamiento de un DTR a uno de los potenciales oferentes mejora su posición, pues incrementa su probabilidad de adquirir el bien correspondiente, así como de pagar por él un precio más bajo que el que pagaría sin el DTR. Pero también empeora la posición de los restantes potenciales compradores, pues minora su probabilidad de adquirirlo y, por lo tanto, reduce los beneficios esperados de elaborar y presentar una oferta.

Esta reducción puede provocar que algunos potenciales compradores que hubieran formulado una oferta en ausencia del referido DTR se abstengan de formularla en su presencia. La consiguiente reducción del número de ofertas seguramente provocará, a su vez, que éstas sean menos favorables para el propietario de lo que hubieran sido en ausencia del derecho de adquisición. La reducción de la competencia para comprarlo tiende a minorar el precio que su propietario puede obtener al venderlo⁵².

Imaginemos que Alba, Claudia y Giulia son neutrales frente al riesgo y están interesadas en comprar un bien que valoran, respectivamente, en 3.000 €, 6.000 € y 7.500 €. Cada una de ellas estima que la probabilidad de que las restantes den al bien un valor entre 0 y 10.000 € está uniformemente distribuida. Es decir, consideran que la probabilidad de que el correspondiente valor esté entre 0 y 1 es la misma que la probabilidad de que esté entre 1 y 2 €, entre 2 y 3 €, entre 3 y 4 €, etc.

En una subasta a sobre cerrado y primer precio en la que nadie ostenta un DTR, Alba presentaría una oferta de 2.000 €; Claudia, una de 4.000 €; y Giulia, una de 5.000 €. La probabilidad estimada por Alba de vencer en la subasta (en cuyo caso obtendría un beneficio neto de 1.000 €) es de 0,09.

⁵² Véase *infra*, Anexo I. Así se advertía ya, para justificar la abolición del retracto gentilicio, en la exposición de motivos del Proyecto de Código civil español de 1836: «una finca que se pone en venta con esta calidad de retracto no puede tener tanto precio como si se dispusiese de ella libremente; porque muchos compradores se retraen sabiendo que después de vendida aquélla podrá quitársela un pariente; y es bien claro que la mayor o menor concurrencia de compradores hace subir o bajar el precio de las cosas».

Es decir, estima que el beneficio neto esperado de presentar una oferta es de 90 €. Por consiguiente, si lo que le cuesta pujar excede de esta cantidad, se abstendrá de pujar.

Supongamos que, permaneciendo todo lo demás igual, se concede a Claudia un DTR en esta subasta. A la vista de ello, Alba estima que su probabilidad de adquirir el bien subastado es ahora de 0,06; y el beneficio neto esperado de presentar una oferta, de 60 €. Si, por consiguiente, los costes que le supone prepararla y presentarla exceden de esa cantidad, no participará en la licitación. Nótese que, si tales costes están entre 60 y 90 €, la conducta de Alba depende crucialmente de la existencia de un DTR: en su ausencia, licita; en su presencia, se abstiene de licitar.

La reducción del número de licitadores provocada por este efecto disuasorio del DTR propiciará, a su vez, que las ofertas formuladas en la licitación sean menos elevadas, menos favorables para el vendedor, de lo que hubiesen sido si dicho número hubiera sido mayor. Siguiendo con el ejemplo anterior, si Alba se abstiene de participar en la subasta, sólo Giulia presentará una oferta, por un importe de 3.750 €, que es considerablemente inferior al importe de la propuesta que esta misma licitadora hubiera hecho si también Alba hubiese pujado (5.000 €), según hemos visto. En este caso, Claudia igualará la única puja presentada y adquirirá el bien

Este efecto disuasorio puede ser mitigado si el titular del DTR compensa a la persona que presentó la mejor oferta por los costes en los que ésta incurrió para prepararla y presentarla, si finalmente perdió la adquisición como consecuencia del ejercicio del DTR. De ahí que las disposiciones legales que regulan el derecho de retracto suelen establecer el deber del retrayente de compensar al tercero comprador «los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta» (en las palabras del art. 1518.1º del Código Civil).

Sin embargo, la eficacia de estas disposiciones legales para disipar el problema apuntado plantea cuando menos tres problemas. El primero es que sólo se refieren al retracto, por lo que no está ni mucho menos claro que impongan a la persona que ejerce el tanteo también el deber de compensar los costes en los que el tercero incurrió al preparar y presentar la oferta aceptable para el propietario –pero no concretada aún en una transmisión o, incluso, un contrato vinculante–. El segundo es que parece difícil que los tribunales admitan la compensación de todos y cada uno de estos costes, especialmente de aquellos que no tienen un claro reflejo monetario, como, por ejemplo, los costes de oportunidad derivados del tiempo y el esfuerzo invertidos personalmente –o por un equipo interno de colaboradores no retribuido «singularmente» por esa tarea– en la elaboración de la oferta. El tercero es que sólo contemplan una compensación para el tercero adquirente, pero no para aquellos otros terceros cuyas ofertas fueron rechazadas, ni tampoco para los terceros que, disuadidos por la presencia del DTR, ni siquiera llegaron a formular una oferta. En definitiva, dicha compensación de los gastos al adquirente frustrado mitiga de manera solo parcial e insuficiente el efecto disuasorio causado por el DTR.

2.3. Incremento de los costes de transacción

2.3.1. Costes de comunicación y espera

Para darle al titular del DTR la posibilidad de adquirir el bien correspondiente antes de que se produzca su transmisión efectiva –y evitar así los costes que ésta conlleva–, el propietario y el

tercero que han acordado la transacción suelen estar obligados a notificársela. Una vez notificada, el titular del DTR dispone de un periodo para evaluarla y decidir si ejercita su derecho –y adquiere el bien– o no lo hace. Durante este periodo, el propietario y el tercero se abstendrán probablemente de llevar a cabo la transmisión material del bien o de iniciar cualquier actuación sobre el mismo, todo ello con el objeto de evitar los costes asociados a esas conductas, que devendrían «inútiles» y probablemente tendrían que ser soportados por ellos en el caso de que se ejercitara el referido derecho. La legislación valenciana, por ejemplo, establece un plazo de sesenta días naturales para el ejercicio por la Generalitat de estos derechos respecto de ciertas viviendas, plazo que puede ser suspendido o ampliado en determinadas circunstancias⁵³. En el art. 38 de la [Ley de Patrimonio Histórico Español](#) se contempla un plazo de dos meses para el ejercicio del tanteo, y uno de seis meses para el retracto si el propósito de la enajenación no se hubiera comunicado correctamente a la Administración.

La notificación y la espera pueden comportar costes significativos para el propietario y el tercero oferente. Es perfectamente posible que el coste de oportunidad de la espera sea notablemente alto y, por consiguiente, que ambos tengan gran interés en ejecutar con rapidez la transmisión. Estos costes encarecen y desincentivan, obviamente, las transacciones sujetas al DTR.

Incurrir en estos costes resulta especialmente ineficiente y cuestionable cuando la probabilidad de ejercicio del DTR es muy baja. Esto es lo que sucede con buen número de los DTR que los legisladores autonómicos han establecido en favor de ciertas administraciones públicas durante los últimos años y que afectan a una enorme cantidad de transmisiones de viviendas. En la práctica, la Administración titular de estos DTR sólo está en condiciones efectivas de ejercerlos –y de hecho así lo hace– en muy contadas ocasiones, que representan un ínfimo porcentaje de todos los casos en los que le corresponde el derecho de conformidad con la norma atributiva de éste. Lo cual significa que, por cada vez que se ejercita un DTR, se imponen significativos costes de comunicación y espera a un número muy elevado de transmitentes que quedaron al albur del ejercicio o no del derecho de adquisición. Cuanto menor es la probabilidad de que se ejerza un DTR, más difícil es que los beneficios eventualmente derivados de su ejercicio compensen estos costes y, por lo tanto, menos justificado resulta globalmente otorgar un DTR a la Administración.

Sirva para ilustrar este punto el DTR previsto en el Decreto-ley valenciano 6/2020, de 5 de junio (ya derogado⁵⁴), con el objeto de ampliar el parque público de vivienda. En contraste con la legislación anterior, que otorgaba a la Generalitat un DTR sólo respecto de las transmisiones de viviendas sujetas a un régimen de protección pública⁵⁵, la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, extendió este derecho a las transmisiones derivadas de procedimientos de ejecución patrimonial de cualesquiera viviendas⁵⁶ y, posteriormente, el citado Decreto-ley hizo lo propio respecto de otros muchos supuestos de enajenaciones de viviendas libres.

⁵³ Véase el art. 51.2 de la [Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunitat Valenciana](#), redactado de acuerdo con el art. 120 de la [Ley 5/2025, de 30 de mayo, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat](#).

⁵⁴ Disp. derogatoria única, f), de la [Ley 5/2025, de 30 de mayo, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat](#).

⁵⁵ Véase la redacción original de los arts. 50-53 de la [Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunitat Valenciana](#).

⁵⁶ Véanse los arts. 51-53 de la Ley 8/2004, redactados según lo dispuesto en la [Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat](#).

El primer problema que aquí se planteó es que esta disposición no dejaba ni mucho menos claro cuáles eran las transacciones afectadas por el nuevo DTR, lo que generó una enorme inseguridad en el mercado inmobiliario, provocó numerosas notificaciones «inútiles» y forzó a la Generalitat a precisar a la baja, mediante sucesivas circulares⁵⁷, qué transmisiones debían ser notificadas⁵⁸.

En segundo lugar, el Decreto-ley 6/2020 incrementó drásticamente la cantidad de enajenaciones sometidas a DTR. Si durante el periodo 2005-2018 se notificaron a la Generalitat una media de 303,37 operaciones al año, durante el periodo 2021-2024 la media fue de 24.591,5. Es decir, el número de transmisiones afectadas se multiplicó por 80⁵⁹.

Ni que decir tiene que tanto la Generalitat como otras entidades públicas con las que ésta había suscrito un convenio para ejercer el DTR fueron incapaces de evaluar todas las transacciones notificadas. Incluso un Ayuntamiento tan grande como el de Valencia (el tercero de España en número de habitantes y presupuesto) se vio «desbordado». En dos años recibió «más de mil comunicaciones», con el enorme esfuerzo que la tramitación de los correspondientes procedimientos supuso para el servicio municipal de vivienda, que sólo pudo ejercitar el referido derecho en tres ocasiones y sólo en una de las tres operaciones el ejercicio prosperó finalmente. El Ayuntamiento solicitó por ello a la Generalitat que le notificase sólo las transmisiones de edificios compuestos por diez o más viviendas, «no solo por la simplificación en la tramitación administrativa de la compra, sino también para una mejor gestión y mantenimiento de las viviendas»⁶⁰. Es decir, no sólo porque en estos casos el coste (por vivienda) de evaluar la compra es menor, sino también porque el beneficio esperado (por vivienda) de la adquisición es mayor, al generarse economías de escala.

Y este Ayuntamiento no fue ni mucho menos la excepción. Durante el periodo 2021-2024, la ratio entre el número de ocasiones en las que se ejerció el DTR y el número de transacciones notificadas fue de 1/382,75⁶¹. Es decir, por cada vez que se hizo uso del DTR, los ciudadanos tuvieron que incurrir en los referidos costes en 382,75 enajenaciones de una o varias viviendas. Si, como cabe suponer, los costes de comunicación y espera de cada operación fueron por regla general significativos, las pérdidas agregadas sufridas por los transmitentes habrían sido enormes.

⁵⁷ Véanse las Circulares de la Dirección General de Vivienda y Regeneración Urbana 1/2020, de 17 de noviembre ([DOGV núm. 8960](#)), y 1/2021, de 7 de mayo ([DOGV núm. 9093](#)).

⁵⁸ Véase ARNAIZ RAMOS (2025: 116), quien pone de manifiesto que «desde el ejercicio práctico de la profesión de registrador de la propiedad es fácil percibir hasta qué punto el establecimiento de obligaciones de notificación previa a la Administración en operaciones inmobiliarias, cuyo ámbito tanto subjetivo como objetivo no está definido por el legislador con la precisión deseable, y lo va siendo de forma escalonada a través de circulares o instrucciones, o vía resolución de recursos gubernativos contra calificaciones registrales, genera costes de transacción, tanto explícitos como implícitos, que no se traducen en utilidad pública alguna».

⁵⁹ Véase el Anexo III.

⁶⁰ LEVANTE-EL MERCANTIL VALENCIANO, [Desbordado por el derecho de tanteo: el Ayuntamiento sólo comprará edificios completos de más de diez viviendas](#), 13 de octubre de 2023.

⁶¹ Véase el Anexo III.

Un problema similar plantean los DTR análogos previstos por los legisladores navarro⁶², balear⁶³, canario⁶⁴, andaluz⁶⁵ y, sobre todo, catalán. La Generalitat de Catalunya puede ejercer un DTR, entre otros muchos supuestos, respecto de «cualquier vivienda situada en una zona declarada mercado residencial tensionado que sea propiedad de un gran tenedor persona jurídica» inscrito en el correspondiente Registro de grandes tenedores⁶⁶. Además, los Municipios, «para cumplir los objetivos de los planes locales de vivienda y la exigencia de incrementar el parque de viviendas vinculadas a políticas sociales [...] para facilitar la conservación y rehabilitación de edificios y para evitar la expulsión de ocupantes u otros procesos especulativos, pueden delimitar áreas en las que se puedan ejercer los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración pública sobre edificios plurifamiliares enteros usados principalmente como vivienda y áreas en las que se puedan ejercer los derechos de tanteo y retracto en favor de la Administración pública sobre viviendas concretas»⁶⁷.

En virtud de este precepto, el Municipio de Barcelona estableció en 2018 que todo su término constituía un área sujeta a DTR en favor de su Ayuntamiento por un periodo de seis años⁶⁸. Los bienes afectados eran, entre otros:

«a) Los edificios plurifamiliares enteros usados principalmente como vivienda. b) Los terrenos sin edificar, ya sean solares o parcelas en cualquier clase de suelo. c) Los terrenos con edificaciones ruinosas o totalmente desocupadas. d) Las viviendas en determinadas áreas, entre otras, las áreas de rehabilitación o conservación o dentro de las previsiones de un programa de rehabilitación, con especial consideración de las viviendas vacías y las de alquiler en régimen de prórroga forzosa. e) Las fincas edificadas incluidas en áreas de rehabilitación y conservación o dentro de las previsiones de un programa de rehabilitación. f) Las viviendas en construcción o ya construidas siempre que las personas transmitentes las hayan adquirido de la parte promotora y, si se trata de viviendas construidas, cuando la transmisión se proyecte o se perfeccione antes de que haya transcurrido un año desde la terminación del edificio. g) Las viviendas o edificios provenientes de ejecuciones hipotecarias o de procedimientos de compensación o pago de deuda con garantía hipotecaria», así como «las viviendas sujetas al impuesto sobre viviendas vacías»⁶⁹.

En 2024, se prorrogó la vigencia del anterior acuerdo, con exclusión de algunos de estos bienes⁷⁰, después de que el TSJ de Cataluña anulara la referencia a los terrenos sin edificar⁷¹. En estos

⁶² Arts. 51 y 51 bis de la [Ley Foral 10/2010, de 10 de mayo, del Derecho a la Vivienda en Navarra](#).

⁶³ Arts. 26 ter al 26 sexies de la [Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears](#).

⁶⁴ Art. 20 del [Decreto-ley canario 1/2024, de 19 de febrero, de medidas urgentes en materia de vivienda](#).

⁶⁵ Arts. 72-81 de la [Ley 1/2010, de 8 de marzo, Reguladora del Derecho a la Vivienda en Andalucía](#) (redactados de acuerdo con la [Ley 1/2018, de 26 de abril](#)).

⁶⁶ Véase el art. 2 del [Decreto-ley 1/2015, de 24 de marzo, de medidas extraordinarias y urgentes para la movilización de las viviendas provenientes de procesos de ejecución hipotecaria](#), redactado de acuerdo con el [Decreto-ley 2/2025, de 25 de febrero, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de vivienda y urbanismo](#).

⁶⁷ Art. 15.1 de la [Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda](#).

⁶⁸ [Acuerdo de la Subcomisión de Urbanismo del Municipio de Barcelona de 5 de diciembre de 2018, por el que se modifica el Plan general metropolitano para la declaración de área de tanteo y retracto en la ciudad de Barcelona y definición de los términos de edificación en el término municipal de Barcelona \(DOGC de 20 de diciembre de 2018\)](#).

⁶⁹ Art. 2 de las normas urbanísticas aprobadas en virtud del citado Acuerdo.

⁷⁰ [Acuerdo de 29 de noviembre de 2024 \(DOGC de 12 de diciembre de 2024\)](#).

⁷¹ SSTSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2021 ([ECLI:ES:TSJCAT:2021:12573](#) y [ECLI:ES:TSJCAT:2021:12508](#)).

momentos, se encuentra pendiente de aprobación plenaria una [Ordenanza reguladora de la sujeción a DTR de los inmuebles destinados a vivienda en Barcelona](#).

2.3.2. Costes de evaluación de la transacción

Con el fin de asegurar el acierto de la decisión de ejercitar o no el DTR, su titular ha de conocer, analizar y sopesar las condiciones de la transmisión que han acordado el propietario del bien y el tercero. Muy especialmente, el titular del DTR necesita invertir tiempo, esfuerzo y recursos en obtener información que le permita averiguar si el valor para el titular del DTR del bien en las condiciones del acuerdo de transmisión comunicado supera o no los costes totales que le supondría ejecutar la adquisición ejercitando el DTR. Señaladamente, los costes del pago del precio acordado por el propietario y el tercero, así como de la compensación debida a este último por los gastos de preparación de la oferta y del contrato.

Estos costes de obtención de información y evaluación de la adquisición pueden ser considerables. A veces no es fácil, por ejemplo, averiguar el estado físico y la situación jurídica en los que se encuentra un inmueble, las circunstancias del entorno, su potencial utilidad para el titular del derecho de adquisición, etc., con el fin de precisar cuál es su valor «real». Estos costes pueden llegar a ser tan elevados que el titular del DTR decida *a limine* no evaluar la transacción en cuestión y, con ello, dejar pasar el ejercicio de su derecho.

Cuanto más elevados sean los costes de obtener y evaluar información sobre el valor para el titular del DTR del bien cuya transmisión da origen a aquel, en comparación con los beneficios esperados del ejercicio de este derecho, menos información buscará y evaluará el titular del DTR antes de ejercerlo, mayor será la probabilidad de que tome una decisión desacertada a este respecto y más desaconsejable desde el punto de vista del bienestar social será sujetar dicha transacción a un derecho de adquisición preferente.

De hecho, es fácil constatar que numerosos DTR se otorgan a personas que ya poseen o pueden conseguir fácilmente información relevante acerca de las circunstancias determinantes del valor de los bienes transmitidos y de los costes de la transmisión, por lo que los costes adicionales en que estas personas han de incurrir para evaluar la adquisición correspondiente al DTR son relativamente bajos. Es más, cabe pensar que, en muchas ocasiones, el titular del DTR es el potencial adquirente que mejor situado está para llevar a cabo dicha evaluación o, dicho con otras palabras, aquel a quien menos le cuesta realizarla. Es el caso de los colindantes, los socios respecto de las participaciones en sociedades cerradas, los comuneros, los cotitulares de patentes, los coherederos, los arrendatarios, los dueños directos y enfiteutas, etc.

No es el caso, en cambio, de los DTR introducidos durante los últimos años en algunas legislaciones autonómicas en materia de vivienda, como la catalana, la valenciana, la balear, la canaria, la andaluza y la navarra, a los que ya nos hemos referido. Ésta es, seguramente, una de las razones por las que estos DTR se ejercen de hecho en muy contadas ocasiones.

De ahí, también, que en el ejercicio de estos DTR se cometan errores, acaso demasiados. Por ejemplo, las autoridades valencianas alardeaban inicialmente de haber comprado, en virtud de

los referidos derechos, varios inmuebles «casi a la mitad de su precio de mercado»⁷². La misma observación hicieron algunos sociólogos: los precios de adquisición eran «inferiores al valor de mercado»⁷³. A esta conclusión llegaron simplemente tras observar, sin mayor análisis estadístico, que el precio medio de las viviendas adquiridas a través de DTR (56.646 €) fue inferior al de las adquiridas mediante compra directa (61.377 €) o concurso (85.881 €) durante los primeros tres años de vigencia del Decreto-ley 6/2020⁷⁴.

Esta conclusión es muy cuestionable. Por de pronto, es infundada ya desde un punto de vista conceptual. En la medida en que los inmuebles se adquirieron en el ejercicio de DTR por el precio que los particulares habían acordado libremente en el mercado de la vivienda, las autoridades pagaron por dichos bienes su precio de mercado –el que el oferente del inmueble al mercado y el más dispuesto de los demandantes del inmueble habían acordado.

En segundo lugar, dicha conclusión es el producto de un evidente sesgo de selección. Es muy probable que las viviendas que la Administración compra mediante DTR no sean iguales a las que adquiere a través de otros mecanismos (por ejemplo, subastas). Téngase en cuenta que la Administración utiliza para fijar dicho valor unos criterios técnicos generales y la información de que dispone sobre los concretos inmuebles en cuestión. Cuando el precio acordado por los particulares es inferior al que resulta de aplicar dicho criterios e información, entonces se ejerce (en su caso) el DTR. El problema es que esos criterios generales pueden arrojar resultados desacertados en casos «especiales» y, sobre todo, que la información de que dispone la Administración respecto de los inmuebles considerados puede ser incorrecta o insuficiente. Es posible que la Administración desconozca ciertas características –no aparentes– de estos bienes que merman su verdadero valor, pero que los particulares involucrados en su venta, que tienen más incentivos y más tiempo para informarse, sí pueden llegar a conocer y, de hecho, han tenido en cuenta a la hora de fijar el precio de compra, máxime cuando esos sujetos privados son «grandes tenedores», operadores profesionales y económicamente sofisticados

Paradójicamente, las autoridades administrativas tenderán a ejercer el DTR en aquellos casos en los que peor información tengan acerca del valor del inmueble objeto de la compraventa, si, como cabe razonablemente suponer, el propietario y el comprador están mejor situados que ellas para detectar sus defectos ocultos y anomalías. Es en estos casos donde hay una mayor distancia entre el precio pactado por los particulares y el resultante de aplicar los mentados criterios generales. Es entonces cuando parece que se trata de una «ganga» que la Administración no puede dejar pasar.

Pero, claro, una vez adquirido el bien, los defectos, problemas y anomalías salen a la luz y la Administración comprueba que la ganga no era tal. Los inmuebles adquiridos están ocupados, dañados, afectados por defectos de construcción, falta de mantenimiento, conflictos vecinales,

⁷² EL ECONOMISTA, [La Generalitat Valenciana multiplica por 8 la compra de viviendas con el derecho de tanteo](#), 7 de enero de 2021. Véase, también, VALENCIAPLAZA, [El Consell ultima la compra de 22 viviendas por tanteo tras adquirir 235 por esta vía en 2020](#), 18 de marzo de 2021.

⁷³ FIORAVANTI ÁLVAREZ ET ALII (2023: 24).

⁷⁴ FIORAVANTI ÁLVAREZ ET ALII (2023: 21).

cortes de suministros, usos irregulares (p. ej., consumo de drogas) o incluso delictivos (p. ej., plantaciones de marihuana), etc.⁷⁵

También entonces puede quedar de manifiesto que la Administración minusvaloró un importante coste asociado a la propiedad del bien adquirido mediante DTR y que debía haber tenido en cuenta antes de tomar la decisión de adquirirlo: el coste de gestión y mantenimiento.

El parque público de vivienda ha estado compuesto tradicionalmente por grandes edificios o bloques de viviendas que pertenecen íntegramente a la Administración, y cuya localización y construcción puede ser objeto de planificación y estandarización para atender de la mejor manera posible a las necesidades de la ciudadanía, y en cuya gestión hay, obviamente, economías de escala. En cambio, las viviendas sujetas a los referidos DTR y que, de hecho, las administraciones valencianas han adquirido en su virtud tienen características muy heterogéneas y se encuentran dispersas territorialmente, aisladas o integradas en edificios en régimen de propiedad horizontal en los que, naturalmente, hay otros propietarios privados. Esto hace que la gestión de estas viviendas resulte mucho más compleja y costosa que la de las que integran el «parque público tradicional».

Por ejemplo, la adquisición por las autoridades valencianas de viviendas situadas en edificios donde hay copropietarios privados y de cuya gestión se encarga normalmente una empresa privada implica costes a los que dichas autoridades no han de hacer frente en el caso del «parque público tradicional», por ejemplo, los derivados de la necesidad de participar en las reuniones de propietarios, negociar las decisiones de la junta de propietarios, cumplir los acuerdos de la junta, etc. En particular, la gestión de los gastos de comunidad se ha convertido en una caudalosa fuente de conflictos entre la Administración y los restantes copropietarios, especialmente cuando éstos son relativamente pudientes⁷⁶. Además, la «mezcla social» que se da en estos casos, si bien puede tener ciertos efectos positivos, también genera fricciones y conflictos (tanto entre copropietarios como entre vecinos) que en no pocas ocasiones requieren la intervención administrativa⁷⁷.

Es también probable que las administraciones públicas hayan sobrevalorado los inmuebles adquiridos a los efectos de servir adecuadamente al objetivo de satisfacer el derecho a una vivienda digna de la ciudadanía. Algunos de estos inmuebles (por ejemplo, los que cuentan con piscina, jardines, etc.) comportan gastos de comunidad muy superiores a los habituales en el parque público y a los que las personas con escasa capacidad económica pueden hacer frente, lo que dificulta el acceso a la vivienda de precisamente las personas que más ayuda necesitan para acceder a ella⁷⁸.

En fin, cabe pensar que, paradójicamente, la valoración inicial de las autoridades valencianas era seguramente el fruto de una suerte de sesgo de optimismo, el resultado de sobrestimar considerablemente su capacidad para determinar el «valor real» de los bienes en cuestión.

⁷⁵ FIORAVANTI ÁLVAREZ ET ALII (2023: 27 y 47). Cfr. VALENCIAPLAZA, [El Consell de Mazón evita el tanteo para ampliar el parque público de viviendas: cero compras en 2024](#), 11 de febrero de 2025.

⁷⁶ FIORAVANTI ÁLVAREZ ET ALII (2023: 45-47).

⁷⁷ FIORAVANTI ÁLVAREZ ET ALII (2023: 56-67).

⁷⁸ En el mismo sentido, FIORAVANTI ÁLVAREZ ET ALII (2023: 46).

3. Beneficios de los DTR

3.1. ¿Facilitar transacciones socialmente deseables?

En el caso de los DTR de origen legal, se sostiene en ocasiones que su finalidad es facilitar ciertas transacciones que, por diversas razones, se consideran de interés público. Se ha dicho, por ejemplo, que «la función que cumple el retracto en la legislación del patrimonio histórico es garantizar la protección de los bienes de esta naturaleza desde el entendimiento de que en determinadas ocasiones esta protección se va a realizar mejor en manos de la Administración»⁷⁹.

En no pocos supuestos, estas transacciones permiten reducir –revertir– la fragmentación en la titularidad de ciertos recursos, fragmentación que se considera ineficiente, pues genera costes de coordinación y externalidades negativas e impide aprovechar economías de escala en su utilización. Aquí encajarían, en principio, los DTR que ostentan los colindantes, consocios, comuneros, cotitulares de patentes, coherederos, dueños directos y enfiteutas, etc. Se ha dicho así, por ejemplo, que el retracto de comuneros «tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños»⁸⁰. Y que «la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica –minifundismo–, allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de la riqueza»⁸¹.

En estos y otros casos, cabe pensar que los DTR propician que los correspondientes recursos económicos –inmuebles, principalmente, pues éste es uno de sus primeros ámbitos de presencia, en el pasado y en la actualidad– vayan a parar a la persona que más los valora, que les puede extraer mayor rendimiento económico o utilidad. Es razonable pensar, por ejemplo, que una determinada finca rústica de poca extensión tiene, normalmente y *ceteris paribus*, mayor valor económico para el propietario de la finca colindante que para otra persona, pues el primero puede aprovechar las economías de escala que resultarían de agregar y explotar de manera conjunta las dos fincas. Y algo semejante cabe afirmar del valor («patrimonial», «sentimental», etc.) de una vivienda para su actual inquilino, del valor de una porción de la herencia para los coherederos, etc.

Sin embargo, no parece que éste sea un objetivo que justifique necesariamente el otorgamiento de un DTR, máxime cuando se repara en los costes que conlleva. La razón es bien sencilla. Para propiciar que un bien sea adquirido por la persona que más lo valora, no hace falta configurar y atribuir un DTR. Si esa persona –el hipotético titular del eventual DTR– es realmente quien más valora el activo, estará dispuesta a pagar por él un precio mayor que el que otras personas pagarían, por lo que lo esperable es que sea quien acabe adquiriéndolo, si se le da la oportunidad de competir por él en igualdad de condiciones. Es más, ya hemos visto que el otorgamiento de un DTR puede tener aquí un efecto contraproducente, al provocar que el bien acabe en manos de un individuo que no es el que tiene la mayor valoración sobre el activo. Para conjurar este riesgo

⁷⁹ [STC 6/2012, de 18 de enero \(FJ 7\)](#).

⁸⁰ [STS \(Civil\) de 24 de enero de 1986 \(ECLI:ES:TS:1986:202\)](#).

⁸¹ [STS \(Civil\) de 18 de abril de 1997 \(ECLI:ES:TS:1997:2731\)](#).

y asegurar la asignación eficiente, lo que conviene es que ninguno de los interesados en adquirirlo disponga de un DTR.

WALKER (1999) ha señalado que los DTR suelen otorgarse para evitar que las futuras negociaciones dirigidas a la transmisión de un bien que habrían de entablar su propietario y el titular del DTR, que es probablemente la persona que más valora dicho bien, se rompan o incluso no lleguen a iniciarse. Varias circunstancias pueden contribuir a este resultado: el comportamiento estratégico de los implicados; las diferencias de poder de negociación que pueden existir entre ellos; el hecho de que sus relaciones personales se encuentren muy deterioradas o de que, por cualquier circunstancia, el propietario obtenga algún beneficio o satisfacción por el hecho de infligir un perjuicio al potencial comprador; la existencia de asimetrías de información, etc. No obstante, el propio WALKER considera que tampoco estas circunstancias justifican de manera general el otorgamiento de un DTR, pues el mismo objetivo puede ser alcanzado con un coste menor si el propietario del bien se compromete a enajenarlo a través de una subasta en la cual el «titular potencial del DTR» –la persona que presumiblemente más valora el bien en cuestión– tenga la oportunidad de participar en pie de igualdad con los demás interesados.

3.2. ¿Evitar actuaciones fraudulentas?

El Tribunal Constitucional ha declarado que los DTR que gravan las viviendas protegidas sirven no sólo para «la generación de bolsas de vivienda protegida de titularidad pública», sino también para «la evitación del fraude en las transacciones (el cobro de sobreprecios en «negro»)». Estos DTR «funcionan como mecanismo de control de la regularidad de las transmisiones»; garantizan «la prohibición de cobrar cantidades adicionales a los precios o rentas fijados como máximos por la administración»⁸².

Si creemos que este es un argumento válido, debiéramos abogar por el establecimiento en favor de la Hacienda pública de un DTR respecto de la transmisión de cualquier activo (por encima de un cierto valor, al menos), a fin de prevenir el fraude tributario en estas operaciones. Se trataría con ello de asegurar que los particulares declaren el valor real de los bienes transmitidos, a los efectos de cumplir sus obligaciones tributarias. De no hacerlo así, se arriesgarían a perder el correspondiente bien por un precio inferior al que realmente han acordado pagar o pagado efectivamente por aquél.

Sin embargo, instrumentar los DTR únicamente al servicio de este objetivo sólo bajo ciertas condiciones podría ser considerado conforme con la Constitución. Para analizar esta cuestión conviene distinguir dos escenarios.

Imaginemos que la autoridad competente cuenta con información que permite sospechar con la suficiente credibilidad la comisión de la correspondiente infracción o defraudación. En este caso, la autoridad no puede adoptar una medida como la considerada sin tramitar un procedimiento con todas las garantías en el que se determine si realmente se cometió o no la infracción. Si, una vez instruido el procedimiento, hay elementos de prueba suficientes para concluir que se cometió, la autoridad puede restablecer la legalidad y, en su caso, imponer las sanciones previstas por la ley. Sin embargo, el ejercicio de un DTR no constituye una medida adecuada para

⁸² SSTC [154/2015, de 9 de julio \(FJ 4\)](#), y [8/2023, de 22 de febrero \(FJ 9\)](#).

restablecer la legalidad, pues la transmisión de la propiedad al tercero que acordó la adquisición con el propietario no es en sí misma contraria a Derecho. Lo ilegal es que la transmisión se haya producido efectivamente por un precio superior al establecido por la ley o que se haya declarado un precio inferior al real. Para restablecer la legalidad, cabría reducir el precio de la transacción, hacer ineficaz la compraventa o exigir el pago de los impuestos eludidos, pero no ejercer un DTR para quedarse con el activo. Esta medida tiene una naturaleza claramente sancionadora. Con ella no se trata de resarcir daños ni de restituir las cosas a su estado conforme a Derecho, sino de infligir una mal a una persona con una finalidad puramente disuasoria. Siendo así, cabe poner en duda la necesidad de una sanción configurada de esta forma. Es probable que la imposición de una multa de suficiente magnitud pudiera lograr el mismo nivel de disuasión con menos costes sociales.

En cambio, esta medida resultaría palmariamente inconstitucional en los casos en los que la autoridad que ejerce el DTR no cuenta con elementos de prueba suficientes para concluir fundadamente que las partes han cometido una ilegalidad. Ejercer DTR de manera indiscriminada y simplemente con el fin de prevenir ilegalidades supondría «hacer pagar a justos por pecadores», imponer una medida materialmente sancionadora –ya hemos visto antes los perjuicios que el ejercicio del DTR puede acarrear a diferentes interesados– sobre personas inocentes con el fin de prevenir infracciones cometidas por otras personas. Esta medida vulneraría, cuando menos, los principios constitucionales de personalidad de las sanciones, culpabilidad y presunción de inocencia. Y resultaría seguramente desproporcionada, pues castigar a inocentes no constituye una medida adecuada para prevenir ilegalidades, sino que más bien las incentiva, al reducir el atractivo de cumplir la ley.

En sentido similar se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en su Sentencia [*Hentrich c. Francia*](#)⁸³. La legislación francesa permitía a la Administración tributaria adquirir ciertos bienes en el caso de que ésta considerara que el precio (supuestamente) pagado por ellos por el comprador era demasiado bajo. Para adquirirlos, la Administración debía pagar al comprador dicho precio incrementado en un 10%, así como los costes y gastos razonables del contrato. La finalidad de la norma, según el Gobierno francés, era prevenir la evasión fiscal.

El TEDH consideró, en primer lugar, que el DTR se ejercía «arbitraria y selectivamente», de manera «escasamente predecible». La regulación de este derecho no satisfacía los requisitos de «precisión y previsibilidad» que deben cumplir las leyes que limitan el derecho de propiedad, con arreglo al artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH (§ 42).

En segundo lugar, el DTR se ejercía sin las «garantías procedimentales básicas». La decisión de ejercerlo «no puede ser legítima a falta de un procedimiento contradictorio que respete el principio de igualdad de armas, permitiendo la presentación de alegaciones sobre la cuestión de la subestimación del precio y, en consecuencia, sobre la posición de la Administración tributaria» (§ 42).

En tercer lugar, el DTR cuestionado suponía una restricción desproporcionada del derecho a la propiedad privada. De un lado, porque «el Estado dispone de otros métodos adecuados para desalentar la evasión fiscal cuando tiene motivos fundados para sospechar que ésta se está produciendo; puede, por ejemplo, iniciar procedimientos legales para recuperar los impuestos

⁸³ STEDH de 22 de septiembre de 1994 ([*Hentrich c. Francia*, 13616/88](#)).

no pagados y, si es necesario, imponer sanciones tributarias. El uso sistemático de estos procedimientos, combinado con la amenaza de acciones penales, debería ser un arma adecuada» (§ 47). De otro lado, el DTR arrojaba sobre el comprador afectado una «carga especial y excesiva» (§ 49). Éste resultaba «penalizado con la pérdida de su propiedad solamente en aras de disuadir posibles subestimaciones del precio [...] El simple reembolso del precio pagado —incrementado en un 10%— junto con los costes y gastos razonables del contrato no puede considerarse una compensación suficiente por la pérdida de una propiedad adquirida sin ninguna intención fraudulenta» (§ 48).

3.3. ¿Corregir externalidades? ¿Propiciar relaciones de cooperación socialmente beneficiosas?

BIRKHCHANDANI, LIPPMAN y RYAN (2005) han sugerido que los DTR pueden utilizarse para corregir fallos de mercado y, en particular, la externalidad positiva creada por una de las partes contratantes al revelar información sobre la otra parte contratante. Imaginemos, por ejemplo, que un club de fútbol contrata por tres temporadas a un joven jugador del que todavía no se sabe si es lo suficientemente bueno para dedicarse profesionalmente a este deporte. Al darle la oportunidad de entrenar y jugar, este club generará y revelará información sobre su calidad como futbolista, de la que podrán aprovecharse otros clubes. Aunque estos se aprovechan de la información que sale a la luz, sin embargo, en principio nada pagarán al club descubridor. Si resulta ser un jugador excelente, otras sociedades deportivas más potentes económicamente podrán ficharlo cuando finalice este primer contrato, sin necesidad de pagar nada al club que arriesgó al darle la oportunidad de mostrar su calidad. Si los clubs de fútbol no reciben una compensación por revelar esta información tan valiosa, no tendrán los alicientes económicos suficientes para producirla en la cantidad que sería socialmente óptima; es decir, se arriesgarán menos de lo que sería deseable desde el punto de vista del bienestar social a contratar jugadores jóvenes, que todavía no han podido demostrar su valía. Al otorgar un DTR a los contratantes que revelan semejante información valiosa, se les concede un beneficio que mitiga los efectos socialmente perniciosos de esta externalidad.

En la *National Basketball League* (NBA), por ejemplo, los agentes libres restringidos (*restricted free agents*) pueden firmar una «hoja de oferta» con cualquier equipo, pero el equipo con el que venían jugando puede retenerlo igualando los términos de esa oferta. Es decir, tiene un DTR (*right of first refusal*). En esta situación se encuentran los jugadores que llevan poco tiempo jugando en la NBA, en particular: los que terminan el cuarto año de los «contratos de escala para novatos» que en su día fueron seleccionados en la primera ronda del «*draft*»; y, en principio, los veteranos que han estado en la NBA por tres temporadas o menos.

Otro argumento frecuentemente esgrimido para justificar los DTR es que éstos previenen el riesgo de que sus titulares se vean forzados a entablar una relación con una persona con la que no desean mantener una relación tal. Se ha señalado así, por ejemplo, que una de las dos finalidades esenciales del retracto de comuneros es «evitar la entrada de personas extrañas a la comunidad»⁸⁴. Y algo parecido puede afirmarse respecto de los DTR de coherederos, colindantes, consocios, etc. Desde otro punto de vista, se ha señalado que la finalidad de algunos de estos derechos podría ser prevenir que una persona abandone unilateralmente una relación cooperativa (por ejemplo, una sociedad o una comunidad de bienes) y, de esta manera, cause un

⁸⁴ MÁS BADÍA (2021: 179).

daño a las personas con las que mantenía dicha relación. Los DTR dificultan esa salida unilateral y propician que los sujetos que podrían salir sin cortapisas en ausencia del DTR sigan invirtiendo recursos en la relación cooperativa sostenida en el tiempo⁸⁵. De esta manera, también incentivan *ex ante* el establecimiento de relaciones de cooperación que son beneficiosas para todos los que participan en ellas.

Muchos DTR se otorgan, ciertamente, a la parte de una relación cooperativa socialmente beneficiosa que puede o bien generar una externalidad positiva o bien sufrir una externalidad negativa en el momento en el que la contraparte decide abandonar la relación. La relación no tiene por qué tener un origen formalmente contractual. Puede consistir simplemente en «llevarse bien», «convivir pacíficamente», «ayudarse ocasionalmente», «no causar molestias», etc. Este es el tipo de relaciones que es deseable se entablen entre coherederos, colindantes, comuneros, consocios, arrendadores y arrendatarios, etc.

Si una parte de la relación cooperativa produce una externalidad positiva –no recibe una recompensa por todos los beneficios que genera realmente–, sus incentivos para entablar dicha relación y para invertir en producir esos beneficios compartidos serán insuficientes. Un resultado análogo tendrá lugar si padece una externalidad negativa. Imaginemos que la contraparte le causa un perjuicio al abandonar la relación y poner en su lugar a un «extraño». Como dicha contraparte no soporta este perjuicio, sus incentivos para permanecer en la relación serán insuficientes y la abandonará en demasiados casos. Por otro lado, al anticipar el riesgo de sufrir en el futuro dicho perjuicio, la persona que podría entrar en la relación cooperativa que puede quebrarse unilateralmente por otras partes puede verse disuadida de hacerlo.

Estas externalidades pueden impedir que se desarrollen actividades socialmente beneficiosas. Pueden dar lugar, por ejemplo, a que los escritores, músicos y cineastas encuentren dificultades insuperables para publicar o producir sus óperas primas; a que a los deportistas jóvenes les cueste demasiado conseguir un buen contrato en sus primeros años de carrera profesional; a que ciertas personas no se atrevan a formar una sociedad con otras, ante el riesgo de que en el futuro éstas la abandonen y den en entrada en ella a sujetos extraños o incluso indeseables, etc.

Pudiera pensarse que los DTR propician que se traben relaciones de cooperación socialmente beneficiosas, al mitigar en cierta medida las externalidades positivas que los cooperantes pueden generar o las externalidades negativas que pueden sufrir. De un lado, porque, al otorgar un DTR al sujeto que coopera –que puede generar una externalidad positiva o sufrir una externalidad negativa– se incrementan los beneficios esperados que para esta persona se derivan de la relación y, por lo tanto, mejoran sus incentivos para entablarla. De otro lado, al reducir los beneficios esperados que para la contraparte tiene abandonar la relación, el DTR desincentiva el abandono.

Sin embargo, otorgar un DTR no es el único ni seguramente el mejor instrumento para corregir estas externalidades. Ya hemos visto que los DTR pueden generar ineficiencias, al propiciar que los bienes correspondientes resulten asignados a una persona que no es la que más los valora. Los DTR también pueden propiciar que no se lleven a cabo transacciones que incrementan el bienestar social.

⁸⁵ WALKER (1999).

En teoría, esas externalidades pueden ser corregidas más eficientemente si se utiliza una parte de los beneficios conjuntos netos esperables de la correspondiente relación cooperativa (que se maximizan si no existe un DTR) para compensar las externalidades negativas o positivas que las personas implicadas pueden sufrir o generar como consecuencia de entablar la relación. Con tales compensaciones se puede inducir a dichas personas a entablar la correspondiente relación cooperativa siempre que ésta sea socialmente beneficiosa. Con la eliminación de los DTR, se consigue maximizar las ganancias esperadas agregadas que para todas las personas implicadas se derivan de las referidas relaciones.

Así, por ejemplo, el club deportivo que contrata a un jugador que debutó y acreditó previamente su valía en otro club podría estar obligado a pagar una cantidad de dinero a éste en compensación por el valor de la información sobre su valía que reveló al darle la oportunidad de jugar, así como por los recursos que invirtió en su formación como jugador. De hecho, éste es el sistema que se observa, por ejemplo, en el mundo del fútbol profesional. Los clubes que forman jóvenes jugadores deben ser recompensados por los clubes que luego los fichan como profesionales. Es más, los clubes formadores deben recibir incluso una parte de las cantidades que en el futuro se paguen entre otros clubes en concepto de traspaso por los jugadores⁸⁶.

Este mecanismo de corrección de las externalidades positivas tiene en un plano teórico al menos dos ventajas sobre un DTR. En primer lugar, el ejercicio de un DTR puede provocar, según hemos visto, que el correspondiente activo termine en manos de quien no es la persona que más lo valora. Y el beneficio social derivado de corregir, total o parcialmente, la externalidad puede ser inferior al coste social derivado de esta asignación ineficiente del bien. En segundo lugar, los DTR por sí mismos no internalizan necesariamente dichas externalidades. Si los titulares del DTR no tienen la capacidad económica para igualar las ofertas hechas por un tercero, no recibirán compensación alguna por haber generado o sufrido la correspondiente externalidad. Pensemos en el mundo del fútbol. Si la única compensación que se otorgara a los clubes descubridores y formadores de talento por sus actividades de formación y revelación de información fuera el otorgamiento de un DTR respecto de sus exjugadores, rara vez serían compensados efectivamente por dichas actividades, pues difícilmente podrían igualar las ofertas hechas por los clubes más potentes económicamente. Irónicamente, cuantos más recursos hubieran invertido en esas actividades socialmente beneficiosas y más diligentemente las hubiesen desarrollado, mejores tenderían a ser sus exjugadores y las ofertas que éstos recibirían, más difícil les resultaría igualarlas, más improbable sería que ejercieran su DTR y obtuvieran una compensación efectiva por ellas y, en consecuencia, menores serían sus incentivos económicos para llevarlas a cabo.

Las externalidades negativas derivadas de la entrada de una persona extraña en la relación también podrían ser corregidas mediante el pago de una indemnización o compensación a los afectados por esa entrada. Cabe, por ejemplo, que los socios intranquilos por la posibilidad de que uno o varios de ellos abandonen la sociedad y permitan la entrada en ella de una persona extraña sin el acuerdo de los restantes acuerden que, en este caso, los socios salientes deban pagar una suma de dinero si ponen en venta sus acciones o participaciones y finalmente son adquiridas por quien no es ya socio de la sociedad⁸⁷.

⁸⁶ Véase el Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la *International Federation of Association Football*, edición de junio de 2024.

⁸⁷ Esta posibilidad ha sido sugerida por CHOI (2009).

Hay que reconocer, sin embargo, que la «solución indemnizatoria o compensatoria» no está exenta de inconvenientes. En primer lugar, no resulta fácil determinar *ex ante* la cuantía de las compensaciones óptimas, aquellas que inducirían a todas las personas implicadas a actuar (cooperar, vender el bien, participar en la correspondiente subasta, presentar una oferta para adquirirlo, etc.) de manera que se maximicen sus ganancias esperadas agregadas. En segundo lugar, puede haber un problema de información asimétrica, es decir, una situación en la que una de las partes tiene mejor información que la otra acerca de la probabilidad de que se produzca una externalidad. En una situación tal, la parte que posee peor información y que es consciente de ello puede exigir una compensación que la contraparte no esté dispuesta a pagar. La asimetría puede impedir que se lleven a cabo acuerdos beneficiosos para ambas partes y despertar procesos de selección adversa. En tercer lugar, resulta improbable que las partes pacten una compensación cuando no existe una relación contractual entre ellas, sino que simplemente «están juntas» y se han visto en la tesitura de cooperar de manera esencialmente no buscada e involuntaria (sería el caso, por ejemplo, de los coherederos o los colindantes).

De hecho, en la práctica no se observan estas compensaciones en el caso de las externalidades negativas, ni siquiera cuando las partes tienen en principio libertad para acordarlas. Por ejemplo, en los pactos de socios habituales en sociedades cerradas, lo que solemos observar con mayor frecuencia es que, ante el riesgo de venta y posible entrada de un nuevo socio «no bienvenido», es el recurso a una de las siguientes opciones (a veces combinadas: la segunda y la tercera tras la conclusión del lapso temporal en que rige la primera): (i) un período de *lock-up*, esto es, de pura y dura prohibición de salida; (ii) DTR, con variada configuración y régimen⁸⁸; y (iii) derechos de acompañamiento (*tag-along*) en la salida o transmisión, de manera que el tercero ha de comprar no solo al vendedor inicial, sino a todos los demás que quieran irse. Esta práctica, seguida por agentes económicamente sofisticados y que presumiblemente tratan de maximizar sus ganancias de la interacción, constituye seguramente un indicio de que un DTR puede ser un mecanismo eficiente para combatir importantes externalidades negativas derivadas de la venta de cuotas de activos comunes.

4. El caso singular de las cláusulas de salida en sociedades cerradas

Una vez expuesto el catálogo de costes y ventajas que pueden provocar los derechos de tanteo y retracto, vamos a examinar más detalladamente el caso de las cláusulas de salida en sociedades cerradas. La importancia de este escenario conjuga una serie de factores. Primero, la enorme frecuencia con la que la realidad del tráfico jurídico se encuentra con derechos de adquisición preferente en este contexto. Segundo, en él hallamos eco de muchos de los potenciales costes y beneficios de tales derechos. Finalmente, el régimen de éstos, aunque no está huérfano de una regulación en la Ley de Sociedades de Capital (LSC) respecto de las SL, es fruto normalmente de una actividad de negociación y contratación explícita, consciente de las ventajas y desventajas de las alternativas consideradas, y llevada a cabo típicamente por agentes económicos razonablemente sofisticados y expertos, y no raras veces por operadores intensamente especializados en contratos de esta clase.

⁸⁸ Con creciente intensidad los DTR «clásicos» se reemplazan por derechos de primera oferta o ROFOs (*rights of first offer*), que inciden de manera menos agresiva que aquellos en el proceso de enajenación de la participación en la sociedad.

Comencemos por presentar el escenario en que se despliegan estas cláusulas. Dentro de las sociedades mercantiles hay algunas que por su naturaleza –sociedades de personas en las que la condición de socio es inherente, con plena o atenuada eficacia, a la identidad del socio– son sociedades cerradas, en el sentido de que no se encuentran en principio abiertas a que cambien sus socios manteniéndose la sociedad (art. 1700. 3º CC). Entre las sociedades de capital, algunas, por su configuración –legal, en el caso de la SL; estatutaria, eventualmente, por lo que se refiere a la SA– también comparten el carácter de estructura cerrada, que no aspira, al menos sin nuevo acuerdo entre los socios, a abrirse a la entrada de nuevos socios o, cuando menos, a la entrada no autorizada por los socios existentes o por una mayoría de ellos. Además, dada la inexistencia de un mercado líquido para las acciones o participaciones, la salida de los socios se enfrenta a problemas de demanda de las acciones o participaciones y, con ello, de liquidez de la inversión realizada en la sociedad.

Con mucha frecuencia, en el caso de sociedades de capital que poseen este carácter cerrado, las previsiones legales o estatutarias se completan o se alteran en contratos celebrados por los socios, en paralelo al régimen legal y estatutario. Son los llamados pactos de socios o parasociales⁸⁹, que pueden ser omnilaterales⁹⁰ –si comprenden como parte a todos los socios– o no. Estos pactos tienen como finalidad principal dotar de mayor previsibilidad, control y estabilidad a las relaciones internas entre socios, especialmente en aquellas sociedades donde los vínculos personales, la continuidad del control o la permanencia del capital son fundamentales, como ocurre frecuentemente en sociedades con un componente familiar, pero también en *startups*, *joint ventures* o compañías participadas por fondos de capital riesgo.

Entre los aspectos que suelen ser objeto de regulación en los pactos de socios se encuentran los derechos de adquisición preferente, derechos de arrastre (*drag-along*) y acompañamiento (*tag-along*), limitaciones a la transmisión de participaciones o acciones, cláusulas de permanencia, de no competencia, mecanismos para resolver situaciones de bloqueo o *deadlock*, así como reglas específicas sobre el reparto de beneficios, el ejercicio de derechos políticos (como el voto en la junta) o la composición del órgano de administración. Todo ello tiene como objetivo alinear los intereses de los socios, proteger a los minoritarios frente a decisiones perjudiciales, y garantizar una salida ordenada y razonablemente satisfactoria en caso de conflicto o cambio de control. Uno de los rasgos fundamentales de estos pactos es su naturaleza contractual: no se integran en los estatutos sociales y, por tanto, su eficacia frente a la sociedad puede ser limitada. Este es el caso español, donde el Tribunal Supremo, a través de su [STS \(Sala 1ª\) de 7 de abril de 2022 \(ECLI:ES:TS:2022:1386\)](#), ha restringido, contra el parecer de buena parte de la doctrina, su eficacia frente a la propia sociedad⁹¹. En muchos sistemas jurídicos se reconocen de manera más amplia esos efectos⁹². En España, los pactos de socios carecen desde luego de la publicidad y la rigidez de los estatutos, y de su oponibilidad general, pero, con todo, su valor práctico y estratégico en la gobernanza de sociedades cerradas es indiscutible.

⁸⁹ Entre muchos otros, PAZ-ARES (2011: 252-256).

⁹⁰ Véase una introducción a este tipo de pactos y la problemática que puede plantear su oponibilidad con respecto a la sociedad en SÁEZ LACAVE (2009).

⁹¹ Esta doctrina reciente del Tribunal Supremo ha sido ampliamente criticada por buena parte de la doctrina. Entre otros, véase PAZ-ARES (2025).

⁹² En este sentido, entre otros, PAZ-ARES (2022: 435-518).

En materia de salida y entrada de socios, los pactos parasociales suelen adquirir una relevancia crucial, pues en ellos expresan los socios sus preferencias y los acuerdos alcanzados sobre estas materias sin las restricciones –directas, cuando menos– de las normas legales y los límites de validez de las disposiciones estatutarias. Encontramos en ellos la plasmación de mecanismos, con frecuencia complejos, que tratan de preservar la estabilidad del grupo de socios y prevenir la entrada de terceros ajenos no deseados. Analizar cuáles son los mecanismos escogidos por los interesados es muy ilustrativo acerca de cuáles son los instrumentos que los contratantes eligen, por su potencialidad, su eficacia y sus costes, para lograr el objetivo de evitar o, al menos, minimizar el riesgo y los efectos negativos de la eventual entrada en la sociedad cerrada de nuevos socios que, por los motivos que fuere, pueden alterar la situación existente en la sociedad.

En este epígrafe procedemos por ello a examinar de forma sistemática las cláusulas más comunes para estas situaciones, su lógica funcional y los principales rasgos observables en una muestra empírica de tales acuerdos. A la vista del objetivo de este trabajo, prestamos especial atención a la configuración de los derechos de adquisición preferente, las medidas de protección frente a salidas oportunistas, y los mecanismos compensatorios asociados. Conviene advertir que, salvo error por nuestra parte, éste es el primer estudio con base empírica que se hace en España de tales cuestiones.

Los datos analizados provienen de una muestra (no aleatoria, pero sí representativa) de pactos parasociales de sociedades de capital españolas de carácter cerrado, todos ellos debidamente anonimizados y confidencializados. Como comprobaremos, casi en las tres cuartas partes de los pactos de socios analizados se incluye un DTR. Esto permite inferir la importancia de esta cláusula para los socios en términos de asegurar la capacidad de control sobre quién puede entrar (e, indirectamente, salir) en cuanto al capital de la sociedad.

Del análisis de estos acuerdos en la muestra examinada se constata que el diseño de las cláusulas de salida responde, en términos económicos, a la intención de corregir externalidades negativas que podría generar la libre circulación de acciones y participaciones y, con ello, libre entrada de nuevos socios. Estas externalidades⁹³ se manifiestan principalmente en forma de desconfianza mutua, costes de agencia entre socios y el riesgo de que la entrada de un nuevo socio modifique los equilibrios estratégicos, operativos o personales sobre los que descansa la relación cooperativa entre los socios.

En este contexto, la cláusula más comúnmente utilizada es un derecho de adquisición preferente, en sus diversas variantes: el derecho de primera oferta, el derecho de tanteo frente a una oferta recibida y derecho de retracto de una transmisión ya operada. Estas figuras contractuales permiten, en línea con la configuración habitual de estos derechos, que los socios actuales adquieran la participación de un socio saliente antes (o después, si no fueron debidamente informados) de que ésta sea efectivamente transmitida a un tercero. Su función principal es impedir la entrada de sujetos potencialmente indeseados o disruptivos. Desde un punto de vista económico, estos derechos permiten internalizar las externalidades derivadas de la salida de un socio, reduciendo los riesgos de selección adversa o disrupción de la cooperación⁹⁴. Sin embargo, como se ha argumentado en apartados anteriores de este trabajo, tales mecanismos también

⁹³ Ampliamente discutidas en la literatura económica sobre la gobernanza de empresas cerradas y *joint ventures* (KRAAKMAN ET ALII., 2017; EASTERBROOK y FISCHEL, 1991).

⁹⁴ HANSMANN (2000).

pueden inducir ineficiencias significativas, especialmente cuando se ejercen por sujetos que no son quienes más valoran el activo en cuestión, provocando desviaciones respecto de una asignación eficiente de recursos.

En la práctica contractual analizada, estos derechos se estructuran típicamente con ciertos requisitos procedimentales: el socio transmitente debe notificar su intención de venta y las condiciones de ésta, concediendo a los demás un plazo (habitualmente, de 15 a 30 días) para igualar la oferta. En algunos casos, se prevén modalidades escalonadas o proporcionales, en las que los socios ejercen sus derechos en proporción a su participación o por turnos, siguiendo criterios previamente establecidos en el pacto parasocial. La infracción de estas normas suele conllevar sanciones, que van desde la ineficacia de la transmisión hasta la pérdida de derechos políticos del socio incumplidor, lo que refuerza el carácter vinculante de estas cláusulas.

Junto a estos derechos de adquisición preferente, otra herramienta habitual son los pactos de *lock-up*, mediante los cuales se prohíbe temporalmente la enajenación de participaciones durante un período determinado, usualmente en las fases iniciales de la sociedad o después de rondas de inversión. La literatura económica ha asociado este tipo de restricciones a la necesidad de asegurar la «sinceridad de la inversión» y de alinear los horizontes temporales de los socios fundadores e inversores externos⁹⁵. El *lock-up* actúa así como un instrumento de compromiso creíble frente a posibles conflictos de agencia y salidas oportunistas.

Complementariamente, los pactos de *tag-along* o derechos de acompañamiento se insertan como salvaguarda de los socios minoritarios. En estos supuestos, si un socio decide vender su participación a un tercero, los demás socios tienen el derecho de exigir que ese tercero adquiera también sus participaciones, en las mismas condiciones. Esta cláusula cumple una función distributiva, al evitar que un socio obtenga una prima de control en perjuicio de los restantes, y garantiza que todos los socios participen en condiciones de igualdad en eventuales operaciones de liquidez. Desde el punto de vista de la teoría de los contratos, estos pactos pueden interpretarse como cláusulas de alineación de incentivos en situaciones de cambio de control, que protegen contra riesgos de expropiación de valor. En definitiva, estos pactos operarían como una suerte de mecanismos diseñados para proteger a los accionistas frente a comportamientos oportunistas de sus homólogos, siendo la cuasi-autoejecutabilidad una de sus grandes ventajas⁹⁶.

Un aspecto menos estudiado, pero relevante desde una óptica funcional, es el relativo a las cláusulas de compensación, dirigidas a mitigar los costes que el ejercicio de un derecho de adquisición preferente puede generar tanto para los socios no salientes como para los terceros frustrados. En varios de los pactos analizados, se observan cláusulas⁹⁷ que obligan al socio que adquiere en ejercicio del derecho preferente a reembolsar al tercero oferente –y frustrado en su adquisición– determinados gastos incurridos en la preparación de la operación, tales como

⁹⁵ GILSON y SCHIZER (2003)

⁹⁶ SÁEZ LACAVE y BERMEJO GUTIÉRREZ (2010).

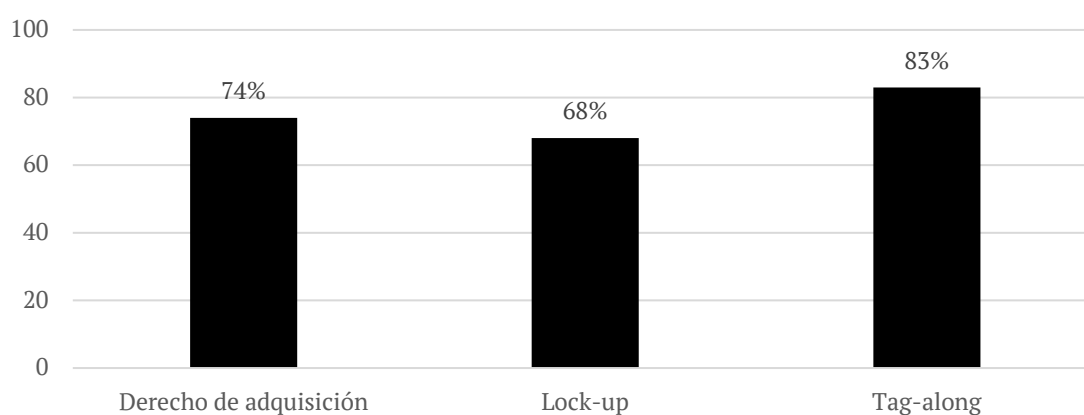
⁹⁷ No es posible observar en qué medida, cuando no hay cláusulas de este tipo, el contrato inicial entre el socio que trata de vender y el adquirente inicialmente interesado contiene cláusulas de compensación al segundo a cargo del primero para el caso en el que se ejercite el derecho de adquisición preferente por otro de los socios actuales. Estas compensaciones o *break-up fees* son habituales y su inclusión supone un incentivo para atraer a potenciales adquirentes interesados, pero que pueden anticipar que, si invierten en valorar la empresa y el paquete de acciones o participaciones del saliente, pueden ver que esa inversión deviene improductiva al comprar otro socio ese paquete a la venta.

costes de *due diligence*, asesoramiento legal o incluso una prima contractual por oportunidad perdida. Estas disposiciones pueden interpretarse como un intento de corregir la disuasión de oferentes que, como se ha expuesto en la sección 2.2 de este trabajo, puede ser inducida por la presencia de derechos de tanteo y retracto.

En definitiva, el conjunto de cláusulas contractuales observadas refleja una preocupación de los socios en sociedades cerradas por los riesgos –ligados a las salidas y entradas «no controladas o acordadas» en el accionariado– que pueden atentar contra el intento de maximizar los beneficios de la cooperación entre los socios iniciales y generar efectos negativos para los socios distintos a los que salen y son sustituidos por otros nuevos. Esta estrategia contractual puede ser considerada un mecanismo de gobernanza adaptativa que, a pesar de sus ganancias esperadas, genera sus propios costes, tal y como se ha puesto de manifiesto en la sección 2 de este trabajo. Pero a la vista de las preferencias reveladas por la conducta de la mayoría de los contratantes en el ámbito de las sociedades cerradas, parece claro que, en el mayor número de casos, los interesados actúan de manera coherente con dar primacía a la mitigación de los riesgos de la libre salida y entrada de socios frente a los costes de los mecanismos que palían esos riesgos. Así pues, hallamos en este sector una ilustración importante de los beneficios que –sin echar en olvido sus costes– para los interesados puede suponer la adopción de DTR.

Lo anterior no supone concluir, desde luego, que la situación que observamos en la práctica contractual –prevalencia de DTR y *tag-along*, con solo una ínfima parte de casos en que se prevé compensación a terceros– es necesariamente eficiente, pues no es posible realizar un análisis coste-beneficio completo. Sin embargo, sí podemos concluir que incluso cuando los propios interesados asumen una parte de esos costes –mayor dificultad en la salida de la sociedad, compromiso de compensar al tercero oferente si se ejercitan los derechos de adquisición preferente, entre otros–, los contratantes eligen voluntariamente para regir sus relaciones un régimen legal con derechos de adquisición preferente y, generalmente, de carácter recíproco.

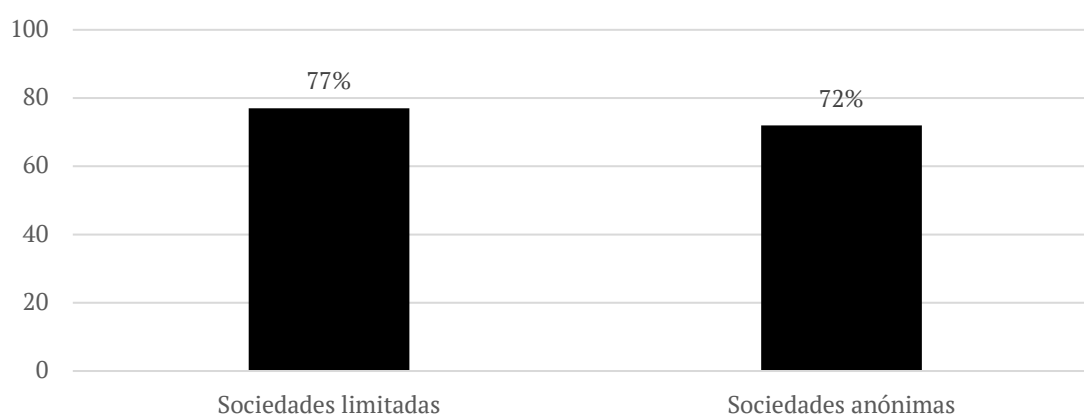
Figura 1: presencia de mecanismos de salida en la muestra de pactos parasociales (%)



En el 74% de los pactos analizados se incluye un DTR, lo que resalta la trascendencia del control sobre entrada y salida de socios –y sus consecuencias sobre quienes permanecen– en las sociedades cerradas. El 26% de acuerdos que no contienen un DTR podría reflejar una mayor apertura en la estructura de la sociedad, lo que podría ser beneficioso en situaciones de expansión o cuando se busca una mayor diversificación del capital social.

En el análisis es importante distinguir entre sociedades limitadas y anónimas en materia de DTRs. El artículo 107 de la LSC configura expresamente un régimen legal de restricción a la transmisibilidad de las participaciones sociales en las sociedades limitadas, al supeditar la transmisión voluntaria a la autorización de la junta general, que sólo podrá denegarla si identifica uno o varios socios o terceros que adquieran la totalidad de las participaciones objeto de transmisión. Se trata, por tanto, de una restricción que opera como una suerte de DTR de origen legal aplicable a toda sociedad limitada, salvo disposición estatutaria en contrario. En cambio, en las sociedades anónimas no existe una previsión equivalente y rige el principio de libre transmisibilidad de las acciones.

Figura 2: presencia de DTR en la muestra de pactos parasociales según clase de sociedad (%)



Como revela la Figura 2, en nuestra muestra de pactos parasociales no se observan diferencias en el régimen contractual elegido por los socios para regir sus relaciones en cuanto a la entrada y salida en la sociedad por razón del tipo social elegido, SA y SL, a pesar de que el régimen legalmente previsto es prácticamente opuesto en esta materia. Con independencia de la solución legal ofrecida por la normativa reguladora del tipo social, una amplia mayoría de contratantes eligen para su sociedad cerrada la inclusión de DTR.

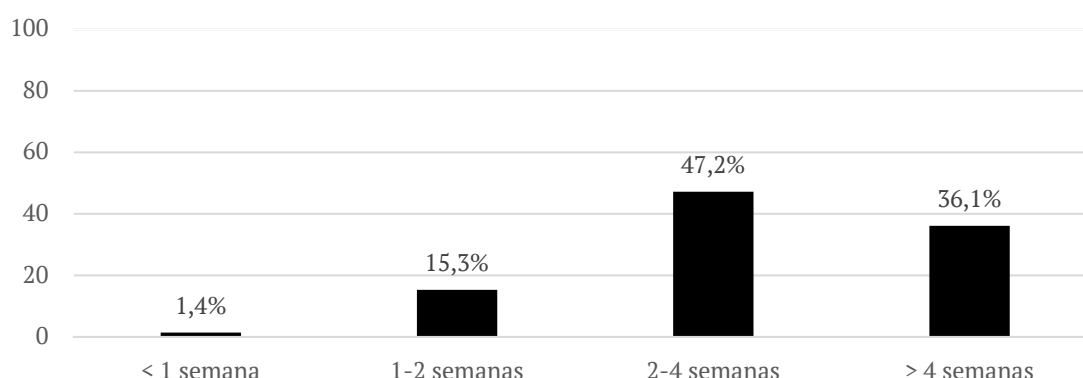
Por su parte, la cláusula de *lock-up* o prohibición temporal de transmitir es otra de las disposiciones que se encuentra en un número considerable de pactos de socios, estando presente en el 68% de los acuerdos analizados. Este acuerdo impide que los socios transmitan sus participaciones por un periodo de tiempo determinado, especialmente durante las primeras etapas de la vida y actividad de la sociedad. La inclusión de esta cláusula en un alto porcentaje de los pactos refleja una clara intención de los socios de proteger la estabilidad del grupo y evitar la salida prematura de participantes clave en momentos cruciales para el éxito de la empresa común, como suelen ser los iniciales.

La previsión de un derecho de acompañamiento, o *tag-along*, es la más frecuente de las tres cláusulas analizadas, con un 83% de contratos en la muestra que la incluyen. Esta constatación parece reflejar un gran interés por parte de los socios en garantizar que los socios minoritarios estén protegidos y tengan las mismas oportunidades que los mayoritarios en la venta de sus participaciones.

La suma de las tres cláusulas se encuentra en el 64% de los pactos, lo que sugiere una preferencia mayoritaria en los acuerdos de socios por un enfoque más estricto y protector frente a las salidas y entradas potencialmente perturbadoras de la composición de los socios. La inclusión combinada de las tres cláusulas sugiere que los socios están buscando maximizar la protección tanto para los socios mayoritarios como para los minoritarios, asegurando el control sobre la entrada de nuevos socios, evitando la salida prematura de los existentes y protegiendo a los minoritarios en caso de una venta de participaciones.

El análisis de estos pactos de socios revela patrones claros en cuanto a las preferencias de los socios en términos de protección y control. El *tag-along* es la cláusula más común, presente en la mayoría de los pactos (83%), lo que indica una preocupación por proteger a los socios que, típicamente minoritarios, van a tener más difícil poner en marcha un proceso de salida. Los DTR, con distintas variantes, son igualmente prevalentes (74%) en la mayoría de acuerdos, reflejando así el interés de los socios por controlar quién puede llegar a adquirir participaciones dentro de la sociedad y convertirse en socio. En definitiva, la tendencia general muestra que los pactos de socios tienden a ser protectores, incorporando varios niveles de salvaguarda que limitan posibles riesgos y eventualidades asociadas a la transmisión de participaciones por cada socio individualmente.

Figura 3: plazos de ejercicio de DTR en la muestra de pactos parasociales (%)



La configuración de los DTR puede ser muy diversa. A partir de los datos obtenidos, hemos analizado tres aspectos relevantes de la configuración de los derechos de adquisición preferente en aquellos pactos que contenían tales previsiones: el plazo de ejercicio del derecho, la valoración por experto y la compensación a los terceros por el socio que ejercita el derecho. Estos elementos ofrecen una visión más pormenorizada de cómo se configura la práctica del DTR en los acuerdos societarios, permitiendo comprender las distintas preferencias y condiciones que se aplican en estos casos.

El plazo de ejercicio del derecho de adquisición preferente varía considerablemente entre los pactos analizados. De los 72 acuerdos que incluyen DTR (y para los que se conocen los plazos de ejercicio), éstos se distribuyen de manera diversa, oscilando entre pocos días y varios meses. La mayoría de los plazos son relativamente cortos, con 46 pactos (63,9%) que establecen un plazo inferior a un mes, siendo 15 días el plazo más común, presente en 23 de los pactos (32%). Este plazo reducido podría reflejar un enfoque orientado a asegurar la rapidez y eficiencia en la

transmisión de participaciones, mitigando algunos de los costes e ineficiencias que son inherentes a los DTR, al procurar que el retraso que pueden provocar en la salida y entrada se reduzca en lo posible⁹⁸. Sin embargo, en 26 pactos (36,1%) se establece un plazo igual o superior a un mes, siendo los plazos más largos de 60 días y 3 meses, lo que podría indicar una preferencia en un reducido número de casos por contar con más tiempo para la toma de decisiones y la concreción de la venta de participaciones.

La valoración por experto es otro aspecto importante que debe contemplarse en los pactos que incluyen un DTR. De los pactos analizados, únicamente el 25% incluye una valoración realizada por un experto independiente en alguna fase de la determinación de la oferta de adquisición. Esta práctica podría tratar de evitar las potenciales disputas que podrían surgir entre los socios sobre la determinación del precio de las participaciones, pero indudablemente aumenta los costes de salir encontrando un comprador para el paquete de acciones o participaciones en juego.

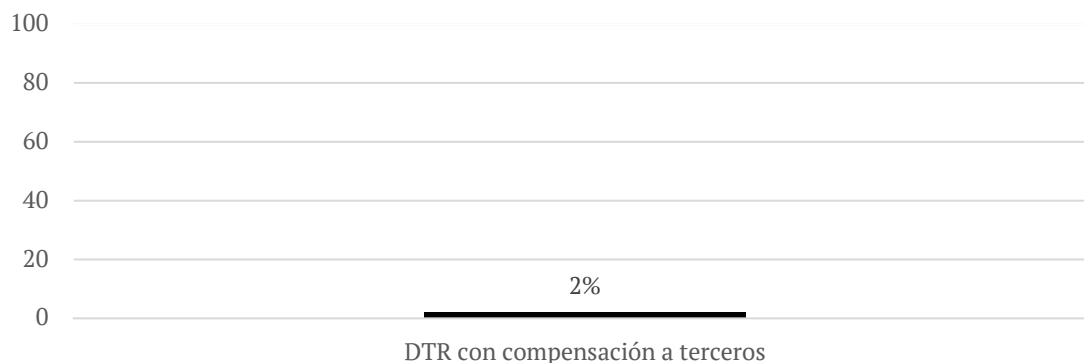
Figura 4: presencia de DTR con valoración por experto en la muestra de pactos parasociales (%)



Finalmente, únicamente el 2% del total de pactos que incluyen un DTR impone al socio que ejerce este derecho el deber de compensar al vendedor o tercero frustrado en la adquisición. Este porcentaje insignificante podría explicarse por el hecho de que los socios quieren hacer atractiva la opción del DTR sin imponerle costes adicionales y podrían ver la configuración de la cláusula como una pérdida neta de eficiencia en la maximización del valor de la sociedad (en el sentido de Pareto) por parte de los socios en caso de transmisión a favor de un tercero. Esta afirmación sería cierta en el escenario en el que el tercero frustrado a compensar no es socio de la compañía, pero no lo sería, necesariamente, si el tercero frustrado resulta ser, a su vez, socio.

⁹⁸ También puede contribuir a la brevedad del plazo el hecho de que el beneficiario del DTR es típicamente la propia sociedad o quienes ya son socios de ésta, esto es, sujetos que pueden evaluar con relativa sencillez y celeridad si las condiciones de ejercicio del DTR aconsejan o no que se ejercite efectivamente, al contrario de lo que hemos señalado en el apartado 2.3.2 respecto de un «extraño» como es una Administración Pública.

Figura 5: presencia de DTR con compensación a terceros en la muestra de pactos parasociales (%)



5. La justificación de los DTR: un balance jurídico

5.1. Afectación negativa al derecho de propiedad y a los principios de igualdad, libre competencia y eficiencia

Los DTR implican una desigualdad entre los interesados en la adquisición del bien en cuestión. Colocan al titular del derecho en una posición de ventaja respecto de otros sujetos que persiguen obtener el activo sujeto al derecho de adquisición.

Los DTR suponen, asimismo, un menoscabo de la libre competencia en el acceso a los activos cuya transmisión permite el ejercicio del derecho preferente de adquisición. La afectación negativa a la libertad concurrencial es doble. Por un lado, la falsean, al impedir que todos los interesados en la adquisición de los bienes gravados compitan en igualdad de condiciones. Por otro lado, la reducen, al minorar el número de personas que están dispuestas a competir por adquirirlos.

La imposición legislativa de un DTR sobre un bien de propiedad privada, obviamente, incide negativamente sobre el derecho previsto en el art. 33 CE. Y lo hace también en distintos planos. De una parte, restringe el ámbito de poder conferido por el derecho de propiedad al limitar las facultades del propietario de disponer; en particular, la facultad de «elegir libremente la persona del adquirente»⁹⁹. Una restricción que no es meramente «decisional», sino que comporta un perjuicio patrimonial pues, recordémoslo, reduce –acaso de manera considerable– el valor esperado de enajenación del bien privado sobre el que recae el derecho de adquisición. Además, para el tercero adquirente, el ejercicio del retracto por parte del titular del DTR constituye una limitación todavía más intensa de su libertad de disponer de un bien de su propiedad, al forzarle a enajenar el bien recién adquirido¹⁰⁰. Dicho ejercicio constituye una suerte de expropiación¹⁰¹, una privación forzosa de un derecho a cambio del reembolso del precio pagado al propietario

⁹⁹ [STC 8/2023, de 22 de febrero \(FI 10\)](#). En el mismo sentido, por ejemplo, RODRÍGUEZ MORATA (1996: 83-87); Díez SOTO (2000: 65-69); FLORES GONZÁLEZ (2024: 123).

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ MORATA (1996: 83-87).

¹⁰¹ [STC 8/2023, de 22 de febrero \(FI 10\)](#).

original –y, en el mejor de los casos, de otros costes y gastos asociados a la adquisición frustrada y a la nueva transmisión obligada–¹⁰².

En la medida en que los DTR dificultan que ciertas personas adquieran bienes que son necesarios para ejercer determinados derechos y libertades supraleales, los DTR pueden considerarse, igualmente, restricciones de estos derechos y libertades. Así lo declara la [STJUE de 19 de diciembre de 2019 \(AV, BU y Comune di Bernareggio, C-465/18\)](#), que luego comentaremos.

Ciertamente, el legislador puede restringir estos y otros derechos reconocidos en la Constitución, el Derecho de la UE y el ordenamiento jurídico internacional, pero únicamente si una razón de interés público lo justifica suficientemente. Sólo si la restricción es útil, necesaria y proporcionada para lograr un fin constitucionalmente legítimo. El problema es que, muchas veces, no parece que haya razón alguna de interés público –o, de haberla, no es fácilmente discernible o resulta vaporosa y no apremiante– que justifique la restricción que para los referidos derechos y principios entraña la imposición de un DTR. Más bien al contrario. Según hemos visto, es difícil, aunque no imposible, que la configuración legal de un DTR resulte la alternativa prácticamente viable que, a la vista de todos los intereses afectados, conduzca a la mejor asignación de recursos. Como se ha comprobado en secciones anteriores de este trabajo, el establecimiento por parte del legislador de un DTR para cierta clase de transmisiones de activos puede generar resultados globalmente indeseables al reducir el bienestar agregado de todas las personas implicadas en las correspondientes transmisiones.

5.2. El caso *prima facie* a favor de ciertos DTR

Del análisis general realizado se sigue que la justificación esencial para imponer legalmente un DTR residiría en la necesidad de corregir una externalidad, negativa o positiva, en el seno de una relación existente o potencial entre el propietario del activo correspondiente y el candidato a ser titular de un DTR. Los beneficios que para todas las personas implicadas se derivarían de establecer un DTR podrían compensar sus costes si la magnitud de la externalidad en cuestión es lo suficientemente grande y, además, previsiblemente resulta demasiado costoso para los interesados acordar *ex ante* una compensación con el fin de enervar o internalizar la externalidad o configurar un DTR «a medida» de naturaleza convencional.

Este escenario es tal vez poco frecuente, pues en muchos casos en que la externalidad es en general relevante, es probable que las partes interesadas se encuentren mejor situadas que el legislador para evaluar la importancia y montante de la externalidad y determinar cuál es el instrumento o conjunto de mecanismos más eficiente para neutralizarla (indemnizaciones o compensaciones, un DTR, un periodo de prohibición de salida, derechos de acompañamiento, etc.). Si, en tales casos, los interesados pueden alcanzar sin obstáculos señalados los pactos correspondientes, no parece justificado que el legislador les imponga imperativamente la existencia de un DTR con una determinada configuración¹⁰³.

¹⁰² Véase, en este sentido, las SSTEDH de 22 de septiembre de 1994 ([Hentrich c. Francia, 13616/88](#)) y 5 de enero de 2000 ([Beyeler c. Italia, 33202/96](#)).

¹⁰³ Como nos recuerda el Teorema de Coase, los interesados también pueden negociar en torno al DTR impuesto legalmente y eventualmente «desactivarlo» mediante los pagos e intercambios apropiados. Sin embargo, parece que los costes de transacción serán globalmente más reducidos en el entorno general y habitual, en que no está presente el DTR (propietario y terceros, incluida la Administración; socios de la sociedad; vecinos colindantes,

Por ello, incluso cuando se cumplen las condiciones para la previsión legal de un DTR que hemos trazado más arriba (importancia de la externalidad, probable inviabilidad de instrumentos acordados para abordarla), resultaría oportuno dejar libertad a los interesados para, con acuerdo de todos, modificar o desactivar el DTR, si consideran que hay otras soluciones más eficientes. No parece por ello muy acertada la solución contenida en el art. 3112-7.2 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, según el cual «salvo disposición legal en contrario estos derechos son irrenunciables con carácter previo»¹⁰⁴.

El establecimiento de un DTR legal con carácter imperativo sólo estaría justificado, pues, cuando la correspondiente externalidad es lo suficientemente grande y a las partes implicadas les resulta demasiado difícil no sólo valorarla adecuadamente y acordar cómo corregirla, sino también cuando el acuerdo alternativo al que podrían llegar los afectados más directos puede tener efectos negativos sobre otros interesados no presentes en la mesa de negociación.

5.3. DTR sin justificación

Hay DTR que, a la vista del análisis sintetizado en este trabajo, son muy difícilmente justificables y admisibles. Sirvan dos ejemplos.

5.3.1. DTR en licitaciones públicas

Ninguna razón justifica que se otorgue un DTR a uno de los competidores en los procedimientos licitatorios que las administraciones públicas llevan a cabo con el objeto de adjudicar «recursos públicos escasos» (contratos, puestos en la función pública, autorizaciones, subvenciones, concesiones demaniales, etc.)¹⁰⁵.

El carácter injustificable de los DTR en este ámbito se reconoce desde antiguo. El art. 21.5 del [Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953](#) establecía explícitamente que:

«Será nula toda fórmula de tanteo, retracto o mejora de proposición que permita a cualquier licitador alterar las circunstancias de su oferta, una vez conocidas las de los demás concurrentes, o a un tercero subrogarse en los derechos del adjudicatario salvo las excepciones concretamente señaladas por la Ley y por el reglamento de Bienes, obras y servicios de las Entidades locales».

En esta línea, la [STS \(Sala 3ª\) de 21 de octubre de 1981 \(ECLI:ES:TS:1981:1323\)](#) declaró:

Es inadmisibles introducir un DTR en una subasta, «so pena de ignorar la naturaleza jurídica de esta forma de contratación cuya esencia es la adjudicación automática al mejor postor, sin admitir circunstancias de privilegio que no vengan autorizadas por la Ley como lo sería el poder obtener de forma generalizada la adjudicación de las subastas celebradas por los Ayuntamientos sin correr con todos los riesgos y condiciones que la presentación de las proposiciones comporta para los que concurren a la licitación que por tal procedimiento

etc.) que en el mismo entorno alterado con un DTR configurado legalmente y, por ello, ajeno a las circunstancias particulares de cada caso.

¹⁰⁴ Véase la crítica de BOSCH CAPDEVILA (2022: 210 y 211).

¹⁰⁵ ARROYO y UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2015 y 2018).

son alejados de ella, al carecer del estímulo necesario, del que no pueden gozar quienes predeterminadamente conocen que a pesar de alcanzar la posición de mejor postor no se alzarán normalmente con la adjudicación, restándose con ello la intervención de licitadores en perjuicio de la propia Administración municipal».

Posteriormente, la [STS \(Sala 3ª\) de 8 de abril de 2008 \(ECLI:ES:TS:2008:2351\)](#) estimó que el «derecho de preferencia» reconocido al incumbente en el procedimiento de adjudicación de un contrato público de explotación de las áreas de servicio de una autopista está en contradicción con los principios de «libertad de concurrencia» y de «adjudicación al mejor postor».

En sentido similar, la [STJUE de 19 de diciembre de 2019 \(AV, BU y Comune di Bernareggio, C-465/18\)](#) consideró contraria a la libertad de establecimiento la atribución de un DTR a los farmacéuticos empleados en una farmacia municipal en caso de transmisión de ésta mediante licitación.

El TJUE advierte, en primer lugar, que el otorgamiento de un DTR supone una restricción de la libertad de establecimiento consagrada en el artículo 49 TFUE. «Habida cuenta del tiempo y del dinero que se precisa para participar en un procedimiento de licitación», al «atribuir una ventaja a cualquier farmacéutico empleado en una farmacia municipal, [el DTR] *tiende a disuadir* a los farmacéuticos de otros Estados miembros de adquirir un establecimiento permanente dedicado al ejercicio de su actividad profesional en territorio italiano, pudiendo incluso hacer imposible tal adquisición». El Tribunal resalta a estos efectos la circunstancia de que, en una licitación donde hay un DTR, «la presentación de la oferta económicamente más ventajosa no garantiza ser el adjudicatario de la licitación».

En segundo lugar, el TJUE estima que ninguna razón justifica esa restricción. Por un lado, los derechos laborales de los empleados de la farmacia y, en particular, la continuidad de su relación de trabajo quedan asegurados en caso de que la farmacia sea transmitida a un tercero. Por otro lado, el otorgamiento de un DTR no constituye un medio adecuado para garantizar el buen funcionamiento de la farmacia y, por lo tanto, la mejor protección de la salud pública. La suposición de que dichos empleados son las personas más capacitadas para gestionar, como propietarias, la farmacia en cuestión carece de fundamento. El objetivo de garantizar la idoneidad de los farmacéuticos ya queda asegurada a través de otras medidas adoptadas por el legislador italiano.

Los poderes públicos españoles deberían tomar nota de estas y otras sentencias, pues en nuestra legislación todavía sigue habiendo disposiciones que otorgan DTR a determinadas personas respecto de ciertas licitaciones públicas. Sirvan como ejemplo los que algunas leyes autonómicas aún prevén en favor de los incumbentes en los procedimientos de renovación de concesiones portuarias¹⁰⁶, de otorgamiento de concesiones de transportes¹⁰⁷ y de adjudicación de contratos públicos de arrendamiento de cotos de caza¹⁰⁸.

5.3.2. DTR autoconferidos por los poderes públicos en determinados casos

Es más que discutible la justificación de los DTR otorgados a las administraciones públicas por algunos legisladores autonómicos respecto de las transmisiones de suelo y viviendas. Sus eventuales beneficios no compensan sus considerables costes.

Nótese que, en estos casos, con el DTR no se trata de corregir los perniciosos efectos de una externalidad generada en el seno de una relación identificable en que intervenga el propietario del bien en cuestión. De hecho, no tiene por qué haber y normalmente no hay una relación tal. La transmisión del activo inmobiliario no causa perjuicios a la Administración titular del DTR y, al menos en la mayoría de los casos, a la sociedad en su conjunto. Tampoco revela información valiosa producida por la Administración o la sociedad de la que puede aprovecharse interesada e inmerecidamente el tercero adquirente. El DTR no reduce externalidades negativas ni propicia que se entablen relaciones cooperativas socialmente beneficiosas.

Para justificar estos DTR suele aducirse que con ellos se persigue ampliar, respectivamente, los patrimonios públicos de suelo y el parque público de viviendas. Se trata de dos objetivos tal vez loables, pero que no precisan del instrumento del DTR ni fundamentan la eficiencia de su adopción. Los fines laudables en el terreno de la vivienda, a pesar de la gravedad del problema en España, no legitiman cualquier medida que pueda expandir la bolsa de viviendas de las administraciones. Esos fines, por ejemplo, no ampararían que el legislador otorgara a la Administración el poder de expropiar suelo y viviendas a cambio de la mitad de su precio real, o con una indemnización simbólica. Eventualmente cabría adoptar una medida expropiatoria tal a modo de sanción, para disuadir proporcionadamente la comisión de ciertas infracciones, pero no meramente para ampliar el patrimonio público de suelo o el parque público de vivienda¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Véase el art. 9 bis.2 de la [Ley 3/1996, de 16 de mayo, de puertos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia](#); el art. 88 de la [Ley 10/2005 de 21 de junio, de puertos de las Illes Balears](#); el art. 61.3 de la [Ley 14/2003, de 8 de abril, de Puertos de Canarias](#). Otras Comunidades Autónomas han derogado ya las disposiciones legislativas que establecían DTR análogos en esta materia. Véase el art. 68.3 de la [Ley 5/1998, de 17 de abril, de puertos de Cataluña](#); el art. 37 de la [Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía](#); y el art. 33.3 de la [Ley valenciana 2/2014, de 13 de junio, de Puertos de la Generalitat](#).

¹⁰⁷ Véase el art. 38.3 de la [Ley 14/2005, de 29 de diciembre, de ordenación del transporte de personas por carretera en Castilla-La Mancha](#).

¹⁰⁸ Art. 25.5 de la [Ley 4/2021, de 1 de julio, de Caza y de Gestión Sostenible de los Recursos Cinegéticos de Castilla y León](#).

¹⁰⁹ Véase, por ejemplo, el art. 49.3 del [texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana \(Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre\)](#). La [STC 25/2025, de 29 de enero](#), declara inconstitucional el art. 15 de la Ley catalana 1/2022, que contemplaba la expropiación de viviendas desocupadas con una reducción de un 50% de su valor a efectos de la indemnización expropiatoria, pero lo hace por razones competenciales. En este caso, obviamente, la medida expropiatoria era de carácter sancionador y no orientada a la ampliación del parque público de vivienda.

Los DTR no constituyen instrumentos ni necesarios ni eficientes para alcanzar dichos objetivos. Las administraciones públicas disponen de otros medios igualmente adecuados para lograr ese fin, menos restrictivos de la propiedad privada y los derechos fundamentales de los ciudadanos y menos perjudiciales para el bienestar social que los DTR. Los poderes públicos pueden acudir al mercado para adquirir inmuebles ya existentes o promover su producción (v. gr., construir vivienda pública) a través de su organización o contratando con terceros. Esta alternativa puede resultar tal vez más costosa para el presupuesto público estrechamente considerado, pero este eventual sobrecoste es muy probablemente inferior a las pérdidas agregadas que la imposición de los DTR supone para las restantes personas implicadas y, en definitiva, para los intereses de la ciudadanía.

Además de la reducción de las ganancias esperadas agregadas que para todas las partes implicadas en la correspondiente transacción implican los DTR en ausencia de externalidades, éstos conllevan también considerables costes de transacción. De un lado, porque afectan a un número muy considerable de operaciones y, por lo tanto, implican costes de comunicación y espera muy elevados, en términos agregados. De otro, porque cabe razonablemente pensar que la Administración está, por lo general, peor situada y pertrechada que los operadores privados para precisar el «valor real» de los bienes transmitidos, por lo que le costará más evaluarlos y probablemente cometerá peores errores a la hora de adquirirlos.

Nótese, además, que imponer un DTR general o de gran amplitud respecto de las transmisiones de suelo y vivienda tiene un efecto económico en gran medida equivalente al que tendría un impuesto que gravase estas transmisiones. Al encarecerlas, estos DTR las desincentivan, reducen el valor de enajenación de estos bienes y propician que se invierta menos en ellos.

Y, en fin, no se aprecia la razón por la cual las personas involucradas en la compraventa de suelo y vivienda tienen que contribuir en mayor medida que sus conciudadanos, con independencia de su capacidad económica, al sostenimiento de ciertas políticas públicas. La carga de «contribuir especialmente» que para ellos conllevan los correspondientes DTR resulta difícilmente conciliable con el espíritu del artículo 31.1 CE.

6. Conclusiones

Otorgar a una persona un DTR en relación con la transmisión de un cierto bien conlleva considerables costes. En primer lugar, incrementa el riesgo de que el bien sea adquirido por quien no es la persona que más lo valora. En segundo lugar, reduce los beneficios esperados del transmitente del bien y de los potenciales adquirentes que no tienen la suerte de ser titulares del DTR. En tercer lugar, aunque beneficia obviamente al titular del derecho de adquisición, merma las ganancias esperadas agregadas de todas las personas involucradas en la transmisión del bien. En cuarto lugar, minora los beneficios esperados de presentar una oferta de adquisición y, en consecuencia, tiende a reducir el número de oferentes, lo que a su vez reduce todavía más las ganancias esperadas del vendedor y aumenta el riesgo de que el bien no vaya a parar a la persona que más lo valora. En quinto lugar, incrementa los costes de transacción, lo que puede hacer menguar aún más los beneficios que para las partes involucradas se derivan de la transmisión, o incluso impedir que ésta se lleve a cabo.

Varios argumentos que suelen aducirse para justificar el establecimiento de un DTR de origen legal no son convincentes. Se ha dicho que su finalidad es facilitar ciertas transacciones que son de interés público. Los DTR propician que ciertos bienes sean adquiridos por la persona que presumiblemente más los valora. Sin embargo, este objetivo no justifica el otorgamiento de un DTR, máxime cuando se repara en los costes que encierra. Para propiciar que el bien sea adquirido por la persona que más valor le da, no hace falta conceder a ésta un DTR. Si dicha persona es realmente la que más valora el bien, estará dispuesta a pagar por él un precio mayor que el que otras personas pagarían, por lo que lo normal es que acabe adquiriéndolo, si se le da la oportunidad de pujar por él en igualdad de condiciones. Es más, el otorgamiento de un DTR puede resultar contraproducente, al propiciar que el bien no sea adquirido por la persona que más lo valora. Dicho objetivo puede lograrse más eficientemente si el propietario del bien se compromete a enajenarlo a través de un procedimiento en el cual todos los interesados compitan en pie de igualdad.

En ciertos entornos de relaciones –contractuales o no– en que ciertas externalidades negativas o positivas pueden amenazar la continuidad de la cooperación entre los intervinientes e, incluso, la propia aparición de la relación, los DTR, juntamente con otros instrumentos de protección frente a entradas y salidas no consensuadas, puede evitar o paliar la incidencia negativa de aquellos efectos externos. Con todo, este objetivo se puede, al menos en teoría, alcanzar de manera más eficiente si se utiliza parte de las ganancias esperadas agregadas de la correspondiente relación para compensar las externalidades derivadas de entablarla. Esta solución, sin embargo, no está exenta de inconvenientes y obstáculos. Por ejemplo, a las partes implicadas les puede resultar demasiado costoso determinar y acordar *ex ante* la compensación necesaria para inducir las a cooperar y mantener la cooperación.

Nuestro análisis empírico de los pactos de socios en sociedades cerradas muestra que contratantes sofisticados y que asumen el coste de introducir un DTR en sus arreglos contractuales mayoritariamente –aunque no universalmente– eligen el instrumento del DTR para reducir los efectos externos de los cambios en la composición de los socios. Esto no acredita que el uso de DTR sea globalmente eficiente en este contexto, pero es indicativo de una preferencia de los afectados más directos por contar con esta herramienta en este ámbito. Pero incluso aquí, una intervención menos intensa, favoreciendo DTR que no tengan carácter real, sin efectos *erga omnes*, con plazos razonables de ejercicio y compensación a los afectados (gastos precontractuales y contractuales) es acaso una estrategia que puede resultar atractiva.

Los DTR, en fin, suponen una seria restricción, cuando menos, del derecho de propiedad y de los principios constitucionales de igualdad, libre competencia y eficiencia. En atención a sus considerables –pero normalmente inadvertidos– costes y a sus dudosos beneficios, los legisladores deben tentarse mucho la ropa antes de establecer DTR y, en todo caso, hacerlo de la forma menos intrusiva y más flexible para los interesados. Más aún, a la vista del balance de costes y beneficios, el establecimiento por el legislador de ciertos DTR resulta en distintos ámbitos muy difícilmente justificable. Este es el caso de los otorgados a uno de los competidores en licitaciones celebradas para adjudicar recursos públicos escasos o los que se han autoconferido, cada vez con mayor alcance, los poderes públicos respecto de las transmisiones de suelo y vivienda.

En definitiva, estimamos necesario un replanteamiento de los DTR, singularmente de los legales, que suponga vincularlos a los entornos de externalidades probables y no meramente hipotéticas,

donde los obstáculos a su previsión pactada son altos y no hay buenas alternativas para evitar los efectos externos negativos.

Anexo I. Subasta con sobre cerrado y a primer precio sin DTR

Considérese una subasta a sobre cerrado y primer precio en la que hay n licitadores neutrales frente al riesgo, que otorgan al bien subastado las valoraciones privadas $(v_1, \dots, v_n)$. Cada licitador conoce su propia valoración del bien y sólo puede estimar la probabilidad de que los restantes le atribuyan cierto valor. Supongamos, en aras de la simplicidad, que cada licitador estima que la valoración de cada uno de los restantes licitadores es una extracción aleatoria e independiente de una distribución de probabilidad uniforme entre dos cantidades.

Un teorema bien conocido en la teoría de juegos¹¹⁰ es que, en una subasta tal, el único equilibrio bayesiano de Nash viene dado por el perfil de estrategias $(\frac{n-1}{n}v_1, \dots, \frac{n-1}{n}v_n)$. Es decir, la única situación en la que todos los licitadores escogen la estrategia que maximiza su utilidad esperada, a la vista de las estrategias que probablemente adoptarán sus competidores, consiste en que cada licitador presenta una oferta igual a $\frac{n-1}{n}$ de su propia valoración del bien subastado. En esta situación, la estrategia de cada licitador constituye la mejor respuesta a la estrategia de los restantes licitadores, por lo que ninguno de ellos tiene incentivos para desviarse de ella. Imaginemos, por ejemplo, que el primer licitador le otorga un valor de 6.000 €. En la siguiente tabla se reflejan las ofertas que presentaría de acuerdo con este teorema, en función del número de licitadores que concurren a la subasta.

Tabla 3. Subasta a sobre cerrado y primer precio. Cuantía de las ofertas en función del número de licitadores			
Número de licitadores (n)	$\frac{n-1}{n}$	Valor privado (v_1)	Oferta óptima: $\frac{n-1}{n}v_1$
2	$\frac{1}{2}$	6.000 €	3.000 €
3	$\frac{2}{3}$	6.000 €	4.000 €
4	$\frac{3}{4}$	6.000 €	4.500 €
5	$\frac{4}{5}$	6.000 €	4.800 €
6	$\frac{5}{6}$	6.000 €	5.000 €

Anexo II. Subasta con sobre cerrado y a primer precio con DTR

Imaginemos una subasta a sobre cerrado y primer precio, en la que participan tres licitadores neutrales al riesgo que otorgan al bien subastado, respectivamente, las valoraciones privadas (v_1, v_2, v_3) . Cada licitador conoce su propia valoración del bien y sólo puede estimar la probabilidad de que los restantes atribuyan a éste cierto valor. Supongamos, en aras de la simplicidad, que cada licitador estima que la valoración de cada uno de los restantes licitadores es una extracción aleatoria e independiente de una distribución de probabilidad uniforme entre dos cantidades.

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, SHOHAM y LEYTON-BROWN (2009: 336-337).

Supongamos que, en esta subasta, el licitador 3 es titular de un DTR. Su estrategia óptima consiste, primero, en no pujar en la subasta (lo que equivale a presentar una oferta igual a 0 €) y esperar a que se conozcan las ofertas de los otros dos licitadores, que denotamos, respectivamente, b_1 y b_2 . En segundo lugar, una vez conocidas estas ofertas, el licitador 3 iguala la oferta ganadora si ésta es inferior a su propia valoración del bien. Es decir, este licitador gana la subasta si $v_3 > b_1$ y $v_3 > b_2$.

Supongamos que el licitador 2 presenta la misma oferta óptima que presentaría si no existiera el referido DTR. Es decir, $b_2 = \frac{2}{3}v_2$.

Dado que, desde la perspectiva del licitador 1, v_2 y v_3 han sido extraídas de una distribución de probabilidad uniforme, todos los valores de v_2 y v_3 entre las cantidades mínima y máxima son igualmente probables.

El licitador 1 sólo gana si su oferta es mejor que la del licitador 2 y, además, mejor que la valoración del licitador 3. Es decir, sólo si $b_1 > b_2$ (es decir, sólo cuando $\frac{3}{2}b_1 > v_2$) y, además, $b_1 > v_3$. En caso de ganar, la utilidad del licitador 1 es igual al valor que él le da al bien subastado menos el valor de su oferta, $v_1 - b_1$. En caso de perder, su utilidad es igual a cero. Por consiguiente, la utilidad esperada de su oferta es:

$$E[u_1] = \int_0^{b_1} \int_0^{\frac{3}{2}b_1} (v_1 - b_1) dv_2 dv_3 \quad [1]$$

$\Leftrightarrow$

$$E[u_1] = \frac{3}{2}b_1^2 v_1 - \frac{3}{2}b_1^3 \quad [2]$$

Para encontrar la oferta que maximiza la utilidad esperada del licitador 1 y que constituye la mejor respuesta a las estrategias de los licitadores 2 y 3, tenemos que calcular la primera derivada de $E[u_1]$ respecto de b_1 e igualarla a cero.

$$\frac{\partial(\frac{3}{2}b_1^2 v_1 - \frac{3}{2}b_1^3)}{\partial b_1} = 0 \quad [3]$$

Tras hacer los cálculos oportunos, hallamos que la oferta óptima del licitador 1 es, en efecto, igual a la oferta óptima que presentaría si el licitador 3 no tuviera un DTR.

$$b_1 = \frac{2}{3}v_1 \quad [4]$$

La determinación de la oferta óptima del licitador 2 es análoga y produce el mismo resultado, dada la estructura simétrica del juego. En suma, si en la referida subasta el licitador 3 tiene un DTR, el único equilibrio bayesiano de Nash viene dado por el perfil de estrategias $(\frac{2}{3}v_1, \frac{2}{3}v_2, 0)$.

En virtud de un razonamiento análogo puede demostrarse que, si en la subasta hay dos licitadores y el segundo dispone de un DTR, el equilibrio bayesiano de Nash viene dado por el perfil de estrategias $(\frac{v_1}{2}, 0)$.

Anexo III. DTR previsto en la legislación valenciana de vivienda

Tabla 4. Transmisiones notificadas a la Generalitat a efectos del ejercicio del DTR	
Año	Transmisiones notificadas
2005	637
2006	1.260
2007	616
2008	265
2009	231
2010	236
2011	161
2012	121
2013	95
2014	184
2015	102
2016	118
2017	152
2018	165
2019	2.439
2020	10.394
2021	23.312
2022	25.992
2023	24.795
2024	24.267
2025	8.809
Fuente: Generalitat Valenciana. Direcció General de Planificació i Polítiques de Vivenda	

Tabla 5. Ejercicio del DTR			
Año	Procedimientos	Viviendas adquiridas	Precio (€)
2020	24	235	9.409.683,79
2021	79	229	14.264.662,76
2022	134	518	22.480.962,18
2023	44	92	3.115.941,27
2024	0	0	-
2025	0	0	-
TOTAL	281	1.074	49.271.250,00
Fuente: Generalitat Valenciana. Direcció General de Planificació i Polítiques de Vivenda			

7. Bibliografía

ARNAIZ RAMOS, Rafael, «Encuadre de los derechos de tanteo y retracto regulados por el Decreto-ley 1/2015 en la configuración estatutaria del derecho de propiedad realizada por la Ley 12/2023», en Daniel VÁZQUEZ ALBERT (dir.), *La Ley por el derecho a la vivienda. Balance de un año de aplicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 299-310.

ARNAIZ RAMOS, Rafael, «El establecimiento de derechos de tanteo y retracto como instrumento de intervención pública en el mercado de viviendas. Su alcance sobre la protección constitucional del derecho de propiedad y consecuencias notariales y registrales (STC 8/2023, de 22 de febrero)», *Derecho Privado y Constitución*, 47, 2025, pp. 101-1332.

ARZAMENA, Leandro/WEINSCHELBAUM, Federico, «A note on the suboptimality of right-of-first-refusal clauses», *Economics Bulletin*, 4(24), 2006, pp. 1-5.

ARROYO, Luis/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores (eds.), *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

ARROYO, Luis/UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, Dolores (eds.), *La adjudicación administrativa de recursos escasos. Ordenación sectorial y reconstrucción sistemática*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

ARROYO YANES, Luis Miguel, «Los derechos de adquisición preferente de naturaleza legal en favor de las administraciones públicas», en Esteve BOSCH CAPDEVILA ET AL. (coords.), *Los derechos de adquisición*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 569-638.

BARCELONA LLOP, Javier, «Retracto de bienes culturales», *Revista de Administración Pública*, 222, 2023, pp. 65-98.

BIKHCHANDANI, Sushil/LIPPMAN, Steven A./READE, Reade, «On the Right-of-First-Refusal», *Advances in Theoretical Economics*, 5(1), 2005, pp. 1-42.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, en M.^a Amalia BLANDINO GARRIDO y Paloma DE BARRÓN ARNICHES (coords.), *Los derechos de adquisición. Propuesta de regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BRISSET, Karine/COCHARD, François/MARÉCHAL, François, «The Effect of a Right-of-First-Refusal Clause in a First-Price Auction with Heterogeneous Risk-Averse Bidders», *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 176(3), 2020, pp. 526-548.

BRISSET, Karine/COCHARD, François/MARÉCHAL, François, «Is the newcomer more aggressive when the incumbent is granted a Right-of-First-Refusal in a procurement auction? Experimental Evidence», *Theory and Decision*, 78(4), 2020, pp. 639-665.

CARAZA CRISTÍN, María del Mar, «Los derechos de tanteo y retracto legal sobre la vivienda protegida en Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 63, 2006, pp. 317-346.

CHOI, Albert, «A rent extraction theory of the right-of-first-refusal», *Journal of Industrial Economics*, 57(2), 2005, pp. 252–262.

CHOUINARD, Hayley, «Auctions with and without the right of first refusal and national park service concession contracts», *American Journal of Agricultural Economics*, 87, 2005, pp. 1082-1087.

CHOUINARD, Hayley/YODER, Jonathan K., «Repeated Auctions with the Right of First Refusal», *The B. E. Journal of Theoretical Economics*, 7(1), 2007, article 21.

COCA PAYERAS, Miguel, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1988.

DAMROSH, Peter, «Public Rights of First Refusal», *Yale Law Journal*, 129, 2020, pp. 812-864.

DÍEZ SOTO, Carlos Manuel, *Ejercicios y efectos d ellos tanteos y retractos legales*, Dykinson, Madrid, 2000.

EASTERBROOK, Frank H./FISCHEL, Daniel R., *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard University Press, 1991.

FIORAVANTI ÁLVAREZ, Hernán/ARIZA HERNÁNDEZ, Andrea/LÓPEZ NICOLÁS, Mireia/BENLLOCH CALVO, Lluís, *El dret de tanteig i retracte en el marc de les polítiques d'habitatge públic. Implicacions socials i territorials al context valencià*, Càtedra d'Habitatge i Dret a la Ciutat. Universitat de València, 2023.

FLORES GONZÁLEZ, Begoña, «Concepto de tanteo y retracto en el Derecho civil común», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 745, 2014, pp. 2117-2189.

FLORES GONZÁLEZ, Begoña, *Tanteos y retractos legales en el Derecho civil común*, Dykinson, Madrid, 2024.

GILSON, RONALD J./SCHIZER, David M., «Understanding Venture Capital Structure: A Tax Explanation for Convertible Preferred Stock», *Harvard Law Review*, 116, 2003, pp. 874-916.

GROSSKOPF, B./ROTH, A. E., «If you are offered the Right of First Refusal, should you accept? An investigation of contract design», *Games and Economic Behavior*, 65, 2008, pp. 176-204.

HANSMANN, Henry, *The Ownership of Enterprise*, Harvard University Press, 2000.

HERNÁNDEZ TORRES, Estefanía (2009): «Los derechos de tanteo y retracto en la Ley del Patrimonio Histórico Español y en la Ley Canaria», *Anales de la Facultad de Derecho de la Laguna*, 26, pp. 215-235.

KAHAN, Marcel/LESHEM, Shmuel/SUNDARAM, Rangarajan K., «First-Purchase Rights: Rights of First Refusal and Rights of First Offer», *American Law and Economics Review*, 14(2), 2012, pp. 33-371.

KLEMPERER, Paul, *Auctions: Theory and Practice*, Princeton University Press, 2004.

KRAAKMAN, Reinier/ARMOUR, John/DAVIES, Paul/ENRIQUES, Luca/HANSMANN, Henry/HERTIG, Gerard/HOPT, KLAUS J./KANDA, Hideki/ROCK, Edward, *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2017.

LEE, Joon Suk, «Favoritism in Asymmetric Procurement Auctions», *International Journal of Industrial Organization*, 26(6), 2008, pp. 407-1424.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, *El derecho de abolorio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

MARZAL RAGA, Reyes, «El régimen de tanteo y retracto para la formación de vivienda pública», *Anuario de Derecho Municipal*. 2023, 17, 2024, pp. 143-168.

MAS BADÍA, María Dolores, «Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 777, 2020, 127-191.

MAS BADÍA, María Dolores, «El retracto de comuneros: perfiles dogmáticos y cuestiones litigiosas», en María José REYES LÓPEZ (dir.), *Comunidad de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 179-255.

MASCHLER, Michael/ZAMIR, Shmuel/SOLAN, Eilon, *Game theory*, Cambridge University Press, 2013.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, «Propiedad y libertad de disposición en la antigüedad tardía hispana», *Dikayosine*, 35, 2020, pp. 93-119.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, «Raíces romanas de los derechos de adquisición preferente», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 43, 2021, pp. 57-79.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, «Derechos de adquisición preferente en la Hispania Altomedieval», *Glossae. European Journal of Legal History*, 18, 2021, pp. 206-331.

MEGÍAS QUIRÓS, José Justo, «Dominio y adquisición preferente en la Baja Edad Media», en BOSCH CAPDEVILA ET AL (eds.), *Los derechos de adquisición*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 667-701.

MENDOZA OLIVÁN, Víctor, «Los derechos públicos de preferencia adquisitiva en materia forestal», *Revista de Administración Pública*, 129, 1992, pp. 163-194.

MITCHELL, Jonathan F., «Can a Right of First Refusal be Assigned?», *University of Chicago Law Review*, 68(3), 2001, pp. 985-1006.

MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, «Los retractos legales a favor de las Administraciones públicas», *Revista de Administración Pública*, 165, 2004, pp. 53-85.

PACHECO CABALLERO, Francisco Luis, «*Ius proprium versus ius commune*. Un caso concreto: tanteo y retracto», en Bartolomé CLAVERO, Paolo GROSSI y Francisco TOMÁS Y VALIENTE (dirs.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, vol. 2, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 923-967.

PAZ-ARES, Cándido, «Violación de pactos, impugnación de acuerdos y principio de no contradicción», *Revista de Derecho Mercantil*, 325, 2022.

PAZ-ARES, Cándido, «La cuestión de la validez de los pactos parasociales», *Actualidad Jurídica*, número extraordinario, 2011, pp. 252-256.

PAZ-ARES, Cándido, «Leer jurisprudencia: el caso directo y el caso inverso», *Almacén de Derecho*, 24 de enero de 2025.

PUNET GÓMEZ, Pilar, «Notas sobre la naturaleza jurídica de los derechos administrativos de adquisición preferente: repercusiones prácticas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 81, 2011, pp. 149-194.

RODRÍGUEZ MORATA, Federico A., *Derecho de tanteo y retracto en la Ley de arrendamientos urbanos de 1994*, Aranzadi, Elcano.

SÁEZ LACAVE, María Isabel, «Los pactos parasociales de todos los socios en Derecho español. Una materia en manos de los jueces», *InDret*, 3, 2009.

SÁEZ LACAVE, María Isabel/BERMEJO GUTIÉRREZ, Núria, «Specific Investments, Opportunism and Corporate Contracts: A Theory of Tag-along and Drag-along Clauses», *European Business Organization Law Review (EBOR)*, 11(3), 2010, pp. 423-458.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, «Los derechos de tanteo y retracto en la Ley española de montes», *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, 69, 2016, pp. 171-186.

SHOHAM, Yoav/LEYTON-BROWN, Kevin, *Multiagent Systems. Algorithmic, Game-Theoretic, and Logical Foundations*, Cambridge University Press, 2009.

VERDERA SERVER, Rafael, «*Pro proprietate*. Notas sobre la configuración constitucional de la propiedad privada», *Anuario de Derecho Civil*, 76(3), 2023, pp. 859-988.

WALKER, David I., «Rethinking Rights of First Refusal», *Stanford Journal of Law, Business, and Finance*, 5(1), 1999, pp. 1-57.

Representación aparente y fallecimiento del mandante: una relectura del art. 1738 CC en clave comparada

Sumario

La interpretación literal del art. 1738 CC en sede de mandato exige la buena fe del mandatario para que el tercero de buena fe pueda ser a su vez protegido frente a los supuestos de falsa representación derivados del cese del mandato. Esta es la interpretación propugnada por la jurisprudencia más reciente y por autorizadas voces doctrinales. Se defiende, por el contrario, que la protección del tercero de buena fe en estos casos carece de una respuesta normativa, de ahí que deba integrarse con la aplicación del principio general de protección de la apariencia (protegiendo la confianza depositada en la representación aparente). Desde esta perspectiva, se ofrecería una protección autónoma al tercero que de forma excusable ignore el cese del mandato. En el ámbito mercantil es precisamente la solución defendida por la doctrina jurisprudencial consolidada del mandato aparente, reafirmada igualmente por el art. 234 de la Ley de Sociedades de Capital. El análisis comparado confirma el carácter singular del art. 1738 CC, toda vez que la generalidad de los sistemas europeos no supedita la protección del tercero de buena fe a la actuación del mandatario.

Abstract

The literal interpretation of Article 1738 of the Spanish Civil Code in the context of the contract of mandate requires the agent to act in good faith so that the third party acting in good faith can be protected against cases of false authority arising from the termination of the mandate. This is the interpretation proposed by the most recent case law and by authoritative doctrinal voices. On the contrary, it is argued that the protection of third parties acting in good faith in these cases lacks a regulatory response, and therefore must be integrated with the application of the general principle of the protection of appearance (protecting the trust placed in apparent authority). From this perspective, autonomous protection would be offered to third parties who, in an excusable manner, are unaware of the termination of the mandate. In the commercial sphere, this is precisely the solution advocated by the established case law doctrine of apparent mandate, which is also reaffirmed by Article 234 of the Ley de Sociedades de Capital. A comparative analysis confirms the uniqueness of Article 1738 of the Spanish Civil Code, since most of the European systems do not subject the protection of third parties acting in good faith to the actions of the agent.

Title: Apparent authority and death of the principal: a comparative reinterpretation of article 1738 of the Spanish Civil Code

Palabras clave: Representación aparente, fallecimiento del mandante, protección de los terceros de buena fe, art. 1738 CC.

Keywords: Apparent authority, death of the principal, protection of third parties acting in good faith, Article 1738 of the Spanish Civil Code

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.02

1.2026

Recepción
14/09/2025

-

Aceptación
22/11/2025

-

Índice

-

1. Introducción: consideraciones elementales sobre la representación, el mandato y la protección de la apariencia

2. El supuesto de hecho controvertido y la solución ofrecida por el art. 1738 CC

2.1. La controvertida interpretación del art. 1738 CC

2.2. La génesis histórico-comparada del art. 1738 CC

3. La representación aparente en clave comparada: en particular, ante el caso de fallecimiento del mandante

3.1. ¿En qué casos (y con qué presupuestos) se protege al tercero de buena fe vinculándolo con el representado?

a. La respuesta del Derecho francés

b. La respuesta del Derecho alemán

c. La respuesta del Derecho inglés

3.2. Ante el supuesto del fallecimiento del representado, ¿se introducen reglas particulares?

La respuesta del Derecho francés

b. La respuesta del Derecho alemán

c. La respuesta del Derecho inglés

4. Conclusiones (y reflexiones particulares a la luz de los textos internacionales, de unificación del Derecho privado europeo y la Propuesta española de reforma del derecho de obligaciones de 2023)

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción: consideraciones elementales sobre la representación, el mandato y la protección de la apariencia*

El presente estudio centra su atención en un problema planteado en Derecho español con una solución carente de una respuesta unánime a nivel doctrinal y jurisprudencial: los presupuestos exigibles para la protección del tercero que celebra un contrato con un mandatario que actúa en nombre ajeno tras el fallecimiento del mandante. Las dudas interpretativas giran en torno al precepto que parece ofrecer una respuesta sobre el particular, a saber, el art. 1738 CC cuyo tenor singular se explica por su génesis histórica. En el contexto del debate sobre la reforma del Derecho de obligaciones en España¹, parece oportuno revisitarse esta controversia, explorando sistemas jurídicos extranjeros representativos: Francia (del cual deriva el art. 1738 CC, como se verá), Alemania y el Derecho inglés, paradigmático para la contratación internacional. Si bien el Derecho comparado no ofrece un argumento concluyente para dirimir esta controversia, puede aportar valiosas perspectivas para evaluar las posturas actuales y servir como fuente de inspiración de una eventual reforma futura.

Antes de afrontar la controversia planteada y en aras de lograr una comprensión plena de una materia ciertamente compleja² deben hacerse algunas aclaraciones introductorias y plantear nociones básicas de las figuras implicadas. El punto de partida a este respecto es el fenómeno de la representación, que puede definirse como “la actuación en nombre ajeno con eficacia directa sobre el representado”³. Se trata de una institución de extraordinaria importancia que facilita una eficiente división de tareas en cualquier sistema económico moderno⁴. Su operatividad

* Autor de contacto: Juan Pablo Murga Fernández (ipmurga@us.es).

Este trabajo es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones», financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033. También se ha completado en el marco de las Cátedras de Derecho Notarial y Derecho Registral de la Universidad de Sevilla. El autor manifiesta su agradecimiento a los Profesores John Cartwright, Birke Häcker, Jan Peter Schmidt, Candice Roussieau, Bruno Rodríguez-Rosado y Manuel Espejo, por las valiosas aportaciones realizadas que han sido de gran ayuda para la feliz conclusión del presente estudio.

¹ Cfr. la reciente *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2023, elaborada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación. Sobre la referida Propuesta, pueden verse dos trabajos monográficos recientes muy ilustrativos: GARCÍA RUBIO, M^a. P., «Algunas cuestiones preliminares sobre la propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Civil*, 2024, núm. 2, pp. 1-33; RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *El derecho de obligaciones y contratos y su modernización: la propuesta de 2023*, Atelier, Barcelona, 2025.

² BUSCH, D., MACGREGOR, L., «Introduction», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 1 y 2, destacan (al plantear la problemática suscitada por la representación aparente), la complejidad intrínseca al fenómeno representativo, toda vez que se emplean categorías contractuales para relaciones tripartitas: “We would argue that the problems caused by unauthorised agents illustrate a central tension in agency law: the tension between the use of the concept of contract as the primary tool for the analysis of the legal relationships involved and the tri-partite nature of those relationships (involving principal, agent and the principal’s contracting party known as the ‘third party’). In other words, a legal concept formed with bi-partite relationships in mind is applied to more complex tri-partite legal relationships. The major problem inherent in the use of a contractual analysis is that it brings with it a significant role for the concept of consent. Where two parties are involved in a contractual relationship, they will normally reach consensus in idem in a direct manner. Where three parties are involved, consent is achieved in a more indirect way”.

³ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, 2ª Edición, p. 26.

⁴ SCHMIDT-KESSEL, M y BAIDE, A., «Unauthorised agency in German law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 102.

permite a individuos y organizaciones delegar funciones específicas, optimizando la asignación de roles y la maximización de la productividad en el complejo entramado del tráfico jurídico-económico⁵. Su regulación, no obstante, recibe un tratamiento dispar en el conjunto de Ordenamientos de tradición continental. En los Códigos decimonónicos originarios carece de una regulación autónoma, de forma que las reglas hay que encontrarlas en sede del contrato de mandato (es lo que sucede precisamente con el Código Civil español en su redacción originaria y vigente, así como en la redacción original del *Code* francés). En el Código Civil alemán, así como en las reformas más recientes en materia de obligaciones sí se establece una regulación específica de la representación, aunque con una ubicación sistemática también desigual: en el caso de Alemania, la representación se regula en sede de la regulación del negocio jurídico en el Libro I del BGB; en el CC italiano vigente de 1942 se recoge como capítulo autónomo dentro de la parte general del Derecho de contratos; en una senda similar a la italiana, en el *Code* francés, tras la reforma de su Derecho de obligaciones de 2016, la representación se regula en la parte general del Derecho de contratos; tal es el caso igualmente del Código Civil belga. En el caso holandés, curiosamente, las disposiciones sobre representación se incluyen en las disposiciones generales del libro III sobre propiedad.

Por lo que respecta a los elementos que conforman el fenómeno representativo, cabe distinguir el fundamento de carácter negocial en que reposa, de un lado, y el poder en que se cifra, de otro. El fundamento de la representación viene constituido prototípicamente por una relación contractual donde juega un papel paradigmático precisamente el contrato de mandato⁶. El poder de representación, por el que se legitima al representante para la realización de actos negociales a favor del representado, se atribuye a través de un acto específico de apoderamiento conferido por este último (de naturaleza muy discutida, cuyo análisis excedería de los límites del presente trabajo)⁷. El contrato opera en la relación interna de gestión, vinculando al mandante con el mandatario, mientras que el poder de representación opera en la esfera de la relación externa, vinculando al mandante con los terceros. A través del contrato de mandato el mandatario asume la obligación de hacer algo por cuenta del mandante, mientras que con el poder de representación el apoderado no resulta obligado en nada, sino que adquiere la facultad de obrar por cuenta y en nombre de aquél⁸.

⁵ En este sentido LEÓN-CASTRO ALONSO, J. R., *El mandato*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020, p. 22: “Figuras como las personas morales y la propia representación se han convertido, sin duda, en los más válidos cauces jurídicos para el desarrollo económico del capitalismo; lo cual, sin dejar de ser un factor de utilidad y progreso, ha producido el resultado de hecho de la extensión de la personalidad humana, el milagro jurídico de la bilocación [...]”.

⁶ Como señala GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., p. 33, “[e]l carácter negocial del apoderamiento es [...] inequívoca [...]”. De una parte, preceptos como el art. 1378 del *Codice* y el § 166.2 del BGB hacen expresa mención del origen negocial de la representación voluntaria. De otra, en Códigos que, como el nuestro [...], no contienen declaración expresa al respecto -toda vez que no se regula en ellos la representación en modo autónomo- encontramos, con todo, una regulación del mandato representativo que no deja lugar a dudas [...]”.

⁷ Sobre la controvertida naturaleza del apoderamiento puede verse con detalle a GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., pp. 29-42, donde se evidencian los ríos de tinta vertidos a nivel doctrinal en la discusión acerca del carácter negocial o de declaración unilateral del apoderamiento. En clave italiana, se afronta en tiempos recientes esta problemática en BARBA, V., «La recettizietà della procura: un paradigma con sfide storiche e prospettive contemporanee», *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, núm.1 2025, pp. 191-214.

⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II*, Edisofer, Madrid, 2011, 14ª Edición, p. 783, donde el autor distingue entre el “mandato representativo directo y no representativo directo”; si bien predica la de alguna manera la independencia recíproca de mando y poder de representación, si bien si llegar a predicar su carácter abstracto toda vez que siempre lo conecta con un contrato subyacente en los ejemplos que propone: “Puede darse representación directa sin mandato: así contrato de sociedad en el que se nombra representante a un socio, o bien,

Existen, no obstante, importantes diferencias en el modo de configurar las relaciones entre ambos elementos: en el caso de Alemania, el poder de representación se configura en términos abstractos, totalmente desligado del contrato subyacente; en Francia o España, por el contrario, sí se traza una relación causal esencial entre el mandato y el poder de representación. Conforme a la configuración abstracta, el poder de representación es independiente, tanto en su existencia como en su extensión, de la relación jurídica subyacente que vincula a poderdante y apoderado⁹. En consecuencia, los defectos de la relación básica no presentan repercusión alguna sobre el poder ni sobre los actos ejecutados por el representante¹⁰. Es una posición que pretende ofrecer la máxima protección posible a los terceros de buena fe que actúan con el representante, si bien no está exenta de críticas toda vez que existen preceptos del BGB que ponen en cuestión la proclamada abstracción (señaladamente el § 168, en cuya parte inicial se afirma que “la extinción del poder de representación se determina por la relación jurídica que subyace en su concesión”)¹¹. La configuración causalista, por el contrario, sostiene que no cabe representación sin contrato subyacente¹². Escapa de los contornos del presente estudio el análisis pormenorizado del alcance

poder de representación directa, sin más. Puede darse mandato sin representación directa: así, cuando se otorga únicamente el contrato de mandato; celebrando, posteriormente, el mandatario con el tercero, como si fuera para él, pero realmente por cuenta del mandante (al que luego entregará lo que, por ejemplo, adquirió para él), el negocio cuya realización la encomendó éste”. GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., p. 72, delimita con extraordinaria claridad la diferencia entre el mandato y el “apoderamiento” por el que se confiere el poder representativo: “[E]l mandato en cuanto contrato, constituye al mandatario en la obligación de actuar a favor del mandante; el apoderamiento, en cambio, declaración unilateral no recepticia, lo legitima -sin obligarlo- para la realización de actividades con eficacia directa en el mismo. Del apoderamiento nace un poder para el apoderado; del mandato, un deber para el mandatario”.

⁹ En la construcción abstracta del poder de representación en Alemania es clave la figura del Laband, cuyo trabajo más extendido y citado sobre el particular es el siguiente: LABAND, P., «Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch», *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 1866, núm. 10, 183-241.

¹⁰ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., p. 85.

¹¹ Por todos en el ámbito alemán puede verse a SEELER, W. V., «Vollmacht und Scheinvollmacht», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1906, núm XXVIII, p. 35: “Siendo nulo el contrato de apoderamiento, no se produce poder alguno, y el negocio realizado por el representante en nombre del representado sólo podrá producir efectos en la persona de éste, de acuerdo con las reglas del poder aparente”. GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., pp. 85-88 desarrolla con enorme precisión las insuficiencias de la configuración abstracta del poder de representación; entre otras: la abstracción negocial sólo se justifica como medio de agilización del tráfico jurídico mediante el reforzamiento de los negocios de atribución patrimonial, de modo que en materia de apoderamiento la finalidad perseguida se lograría más plenamente a través de la protección, sin más, del tercero de buena fe; la abstracción no da suficiente y adecuada protección al tráfico, toda vez que cuando se producen vicios que afecten a la declaración misma de apoderamiento el *dominus* podrá impugnarla exitosamente.

¹² Por todos, puede verse GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., p. 73, añadiendo en relación con el mandato que sirve de base al poder de representación, que “el mandato representativo [...] es una modalidad del mandato, y su diferencia específica -la representación-, un accidente respecto a éste, que, como tal, no puede subsistir sin substancia o sujeto de inhesión”. Por su parte, GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Volumen II, Cedam, Padova, 2010, 2ª Edición, pp. 435-436, destaca que en los casos de representación en la esfera interna las relaciones entre el representante y representado se trazan mediante distintos contratos posibles, siendo en caso de duda el mandato en todo caso subyacente: “La procura è l'atto mediante il quale il rappresentato investe il rappresentante del potere di agire in suo nome. Essa è atto unilaterale del rappresentato, in forza del quale il rappresentante si legittima come tale di fronte ai terzi. Non riguarda l'interno rapporto fra il rappresentato e il rappresentante: questo interno rapporto è regolato da un contratto, dal quale nasce l'obbligazione del rappresentante di agire in nome e nell'interesse del rappresentato. Fonte di questa obbligazione può essere un contratto di lavoro (la conclusione di contratti può essere, come nel caso dei dirigenti di azienda, attività inerente alle loro mansioni); può essere un contratto di agenzia (l'agente, per l'art. 1752, può essere investito della rappresentanza del preponente); può essere, infine, un contratto di mandato. Questa è l'ipotesi di portata generale: quando l'interno rapporto in base al quale un soggetto riceve una procura da un altro soggetto non è altrimenti qualificabile (non c'è un contratto di lavoro, non c'è un contratto di agenzia ecc.), si dovrà concludere

de los dos planteamientos. Baste decir que el sistema español, espiritualista y causalista, rechaza toda idea de abstracción, de forma que garantiza la seguridad del tráfico a través de la protección de los terceros de buena fe y la presunción de existencia y licitud de la causa¹³.

Otro aspecto preliminar de interés es que una proporción considerable de las problemáticas que atañen a la figura de la representación se suscitan primordialmente en el contexto del tráfico jurídico-mercantil. Ello explica que en Inglaterra el denominado “law of agency” sea terreno abonado esencialmente al Derecho de los comerciantes donde se ven implicadas personas jurídicas¹⁴. Esto lleva a determinados autores a justificar institutos propios de la materia representativa en clave de las necesidades del tráfico específicamente mercantil¹⁵. Esta idea debe desecharse a la vista del conjunto de normas que en el Código Civil protegen a los terceros de buena fe, así como en atención a la propia esencia del sistema inmobiliario registral cuya piedra angular consiste en proteger a los terceros que de buena fe confían en la apariencia generada por el Registro de la Propiedad (cfr. en particular el art. 34 LH). Así las cosas, el fenómeno representativo debe construirse sobre las bases del Derecho privado en su conjunto, al margen del ámbito mercantil, o no, ante el que nos encontremos. El contrato de comisión es la vertiente mercantil del contrato de mandato (de hecho, se le califica como “mandato mercantil”¹⁶), de ahí que la regulación contenida en el Código de Comercio sobre el particular sirva para arrojar importantes luces sobre los problemas planteados¹⁷. Más allá de lo anterior, debe notarse que el presente estudio centrará su atención en un problema singularmente ligado a la persona física (genuinamente civil, podría decirse), a saber, el que se plantea con ocasión del fallecimiento del representado.

di essere in presenza di un mandato, ossia del contratto con il quale un soggetto, il mandatario, si obbliga nei confronti di un altro, il mandante, a compiere uno o più atti giuridici per conto di questo (art. 1703)”. Aunque más adelante proclama una visión abstracta del poder de representación a la que también parece alinearse la jurisprudencia alemana (p. 439): “Non solo la procura è un atto (unilaterale) distinto dal (contratto di) mandato; la diversa funzione dell’una e dell’altro fa sì che possa configurarsi, oltre che un mandato senza procura, anche una procura senza man-dato. Le condizioni di validità della procura sono diverse da quelle del mandato [...]. Il che vale quanto dire che la validità della procura è indipendente dalla esistenza di un (valido) rapporto sottostante fra rappresentato e rappresentante, e giustifica l’illusione che anche in ogni altro caso di invalidità del mandato la procura resti valida e sorregga i poteri di rappresentanza”.

¹³ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., p. 88.

¹⁴ En el Derecho inglés, la doctrina más autorizada también proclama el alcance general de la disciplina representativa, más allá del estricto ámbito mercantil; cfr. a este respecto WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency*, Sweet & Maxwell, London, 2010, 19ª Edición, p. 5: “Although the main operation of agency principles is in the commercial sphere, they are in fact absolutely general and may apply to domestic and other non-commercial situations. There is no requirement that the agent pursue a commercial function at all, and certainly none that he pursue a commercial function of a recognized type”.

¹⁵ Así puede verse, por ejemplo, en relación con la justificación de la representación aparente en Inglaterra, en CHENG-HAN, T., «Unauthorised agency in English law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 186: “[A]s the law of agency operates principally in the commercial realm where transactional certainty to the contracting parties is important, this has meant that it could not be limited only to cases where the agent has actual authority”. Esta misma reflexión acerca de constituir el Derecho mercantil el ámbito natural para la operatividad de la representación específicamente aparente también se da en Alemania: cfr. a este respecto SCHUBERT, C., «Comentario al § 167 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H.BECK, München, 2025, 10ª edición, para. 103-106.

¹⁶ El art. 244 del Código de Comercio donde se ofrece una definición legal de la comisión mercantil, indica expresamente que “se reputará como comisión mercantil el mandato [...]”.

¹⁷ Cfr. los arts. 244 y ss. del Código de Comercio.

Sobre las bases anteriores todos los sistemas jurídicos deben enfrentarse a los problemas planteados por el “falso representante” que, atendiendo a una noción amplia, engloba los casos de representantes que se extralimitan del poder encomendado y aquellos que carecen de todo poder representativo. Este último caso suele responder a situaciones en que el poder del representante cesa ante distintas circunstancias, entre las que resultan destacables la revocación por el representado o su fallecimiento. Se trata de situaciones de “apariencia” donde existen intereses enfrentados evidentes: los del tercero, que confía en dicha apariencia y aquellos del representado. En aplicación de las reglas básicas que rigen la representación en la generalidad de los sistemas jurídicos, toda actuación llevada a cabo por el representante que carezca de poder de representación no vinculará al representado. Ahora bien, esta solución planteada en términos inflexibles provoca una absoluta desprotección del tercero de buena fe. La seguridad del tráfico exige que el Ordenamiento provea instrumentos que ofrezcan protección suficiente a la confianza depositada en la apariencia. Ello exigirá, claro está, plantear excepciones a las reglas ordinarias, sacrificando en su caso la seguridad de los derechos. Surge así la doctrina de la “representación aparente” que, con importantes matices y bajo distintas denominaciones en los sistemas más representativos (en los términos detallados que se verán a continuación), colma esta necesaria protección de los terceros. Esta tensión entre la seguridad del tráfico y aquella de los derechos es una constante en nuestro Derecho, de modo que son múltiples los casos en que se hace preciso convertir la apariencia en realidad. En el plano patrimonial, institutos con hondas raíces históricas tales como la usucapión en materia de derechos reales desempeñan precisamente esta función, convirtiendo el hecho meramente posesorio generador de apariencia en una titularidad jurídico-real definitiva. Lo mismo sucede con las distintas figuras que consolidan adquisiciones *a non domino* en favor de los adquirentes de buena fe en el ámbito mobiliario e inmobiliario¹⁸. Igualmente, en materia de derechos de crédito, los efectos liberatorios del pago realizado al acreedor aparente¹⁹. En definitiva, no se trata de un fenómeno ni mucho menos novedoso. Su intrínseca complejidad, de otro lado, se manifiesta al involucrar a un conjunto de sujetos con intereses enfrentados y merecedores de protección (en el caso de la representación, los del *dominus*, el representante y el tercero). La clave residirá en ponderarlos de la forma más equilibrada posible y en definir armónicamente los presupuestos constitutivos de la protección dispensada en cada caso. Aquí reside el interés de efectuar un ejercicio comparado: delimitar en los distintos sistemas seleccionados (los más representativos) el alcance de la protección ofrecida al tercero y determinar la construcción técnica que la respalda en cada caso.

2. El supuesto de hecho controvertido y la solución ofrecida por el art. 1738 CC

2.1. La controvertida interpretación del art. 1738 CC

Como se viene reiterando, el supuesto de hecho sobre el que girará el análisis comparado que se efectuará en las siguientes páginas es el siguiente: el mandatario, con poder de representación,

¹⁸ Cfr. los arts. 464 CC y 34 LH. Sobre la protección de los terceros adquirentes de buena fe en el ámbito inmobiliario puede verse mi contribución MURGA FERNÁNDEZ, J. P., «A Non Domino Acquisitions and Protection of Third-Party Purchasers of Immovable Property in the Spanish Legal System», en CARTWRIGHT, J., LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (Eds.), *Property and Contract Comparative. Reflections on English Law and Spanish Law*, Hart Publishing, Colección Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, Londres, 2021, pp. 61-87.

¹⁹ Cfr. el art. 1164 CC.

celebra un contrato con un tercero después del fallecimiento del mandante. Toda vez que el mandato constituye un contrato basado en la confianza, este fallecimiento será causa de extinción del mandato y, consecuentemente, del poder de representación que deriva del mismo²⁰. Así lo dispone expresamente el art. 1732. 3º CC: “El mandato se acaba por muerte [...] del mandante o del mandatario”²¹. De este modo, toda actuación llevada a cabo por el representante en nombre del representado fallecido a partir de ese momento carecerá, en principio, de validez y no podrá producir los efectos propios de la representación: a saber, la vinculación del representado²² (tras el fallecimiento, de sus herederos que asumen su posición a través de la sucesión universal -lo mismo sucedería con el *personal representative* en el caso de Inglaterra, equivalente funcional del heredero continental a estos efectos-²³). El único mecanismo de defensa que quedaría en manos del tercero en estas circunstancias sería la posibilidad de dirigirse al propio representante (pues cabe cuestionarse, de hecho, si el representante también desconocía de forma excusable dicho fallecimiento). Es aquí cuando entra en juego la ya anticipada protección de la apariencia con la que puede llegar a establecerse *ex lege* la vinculación de los herederos del representado. Una protección que en el caso específicamente representativo se condensa en la más genérica doctrina de la representación aparente, reflejada en determinados preceptos del Código Civil (para el caso que nos ocupa, esencialmente los arts. 1738 y 1734), aunque de construcción doctrinal y jurisprudencial.

Centrando la atención en el art. 1738 CC, pieza esencial del presente estudio, debe partirse de su tenor literal: “Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”. Su lectura ofrece pocas dudas: la protección de la apariencia sólo se dará cuando el mandatario sea de buena fe. En otros términos, el

²⁰ GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario al artículo 1732», en PAZ-ARES, C., Díez-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1581: “El *intuitu personae* o la confianza es, como invariablemente vienen notando los comentaristas, el hilo conductor del precepto. Con toda razón, en un contrato nacido de la confianza y necesitado de la misma para su subsistencia como medio satisfactorio y razonable de colaboración voluntaria en interés ajeno”.

²¹ Esta causa general de extinción del mandato y de la relación representativa es compartida por los distintos sistemas jurídicos: cfr. el art. 2003. 3º *Code français*, el § 672 del BGB, el art. 1722. 4 del *Codice Civile*; así como en Inglaterra, en atención a la jurisprudencia consolidada existente en la materia [cfr. BALE, H. G. (Editor), *Chitty on Contracts*, Volumen II, Sweet & Maxwell, London, 2015, 32ª Edición, p. 113, para. 31-166: “An agent’s authority may be terminated in the following ways: ... (ii) By the principal’s death”].

²² Esto explica que el art. 1259. 2º CC disponga que “El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante”.

²³ Destaco esta equivalencia funcional entre el heredero continental y el personal representative inglés en MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020, p. 44: “Desde el punto de vista de la equivalencia funcional existente entre el *personal representative* y el heredero continental, puede constatar que existen muchas más similitudes de las que pudiera parecer, pues lo habitual es que la persona designada como liquidador sea también beneficiario. Tanto es así, que el listado de posibles *administrators* es plenamente coincidente con el de los beneficiarios abintestato. Si afirmábamos que el heredero continental reunía las condiciones de *personal representative* y beneficiario, es precisamente lo que sucede en la práctica en Derecho inglés. Así las cosas, las semejanzas entre ambas figuras son innegables”. Igualmente, SCHMIDT, J. P., «Transfer of property on death and creditor protection – the meaning and role of ‘universal succession’», en STEVEN, A., ANDERSON, R., y MACLEOD, J. (Editores), *Nothing so practical as a good theory: Essays in Honour of Professor George Gretton*, Edinburgh University Press (Avizandum), Edimburgh, 2017, p. pp. 332 y 333, destaca esta última circunstancia que pone aún más de manifiesto la equivalencia funcional existente entre ambas figuras: “[C]ontrary to what German writers often believe, the person acting as personal representative is not prevented from being beneficiary. He or she only needs to be designated as such by the will or by law and this is common in practice”.

mandante (o sus herederos para el caso de su fallecimiento) sólo se verá vinculado por la falsa actuación del mandatario en la medida en que concurra una doble buena fe, la del tercero y la del propio mandatario. La solución ofrecida por el Código Civil español es bastante singular en el conjunto del Ordenamiento en el que se inserta, ya que la protección del tercero de buena fe suele bastar para articular la protección que corresponda. Así sucede en los ejemplos de protección de la confianza depositada en la apariencia que se pusieron con anterioridad: el usucapiente de la usucapión ordinaria, el tercer adquirente del art. 464 CC, o del art. 34 LH, así como el deudor que paga al acreedor aparente en el art. 1164 CC (como ejemplos paradigmáticos), se ven protegidos por su buena fe considerada autónomamente. Esto da lugar a que se hayan desarrollado dos corrientes interpretativas enfrentadas a nivel doctrinal y jurisprudencial: los que defienden una interpretación literal del precepto, y aquellos que propugnan una interpretación correctora y sistemática por la que debe prescindirse de la buena fe del mandatario (tesis de protección de la apariencia).

La tesis de la buena fe concurrente del mandatario y del tercero parece ser la que se ha consolidado en la jurisprudencia española más reciente, tal y como se desprende de las SSTS de 24 de octubre de 2008²⁴, de 13 de febrero de 2014²⁵ (última dictada por el Tribunal Supremo en relación con este supuesto de hecho en particular), así como de 22 de enero de 2015²⁶ y 19 de julio de 2018²⁷ (estas en casos de revocación del poder por parte del mandante).

Por lo que respecta a las SSTS de 24 de octubre de 2008 y 13 de febrero de 2014, ambas versan específicamente sobre el supuesto de hecho que nos planteamos: a saber, casos de actuaciones dispositivas llevadas a cabo por el mandatario tras el fallecimiento del mandante, siendo éstos conocedores de tal circunstancia. En el caso planteado en 2008 se enjuició la validez de una hipoteca constituida el 9 de mayo de 1997 sobre dos inmuebles, propiedad de una persona fallecida (la poderdante), en garantía de un préstamo concedido por una entidad financiera a una fundación. La hipoteca fue formalizada por el esposo de la propietaria, actuando en su nombre en virtud de un poder general otorgado en 1993. No obstante, dicho poder había quedado extinguido por fallecimiento de la poderdante el 15 de enero de 1997, esto es, varios meses antes de la constitución de la garantía. Ante el impago de diversas cuotas por parte de la entidad prestataria, la entidad financiera dio por vencido anticipadamente el préstamo e inició un procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria conforme al artículo 131 de la Ley Hipotecaria, dirigido contra los herederos de la propietaria fallecida y contra la fundación prestataria. Uno de los hijos y herederos, al considerar inválida la constitución de la hipoteca por haberse realizado sin poder vigente, promovió una demanda de juicio declarativo de menor cuantía, solicitando la nulidad de la hipoteca. El juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad de la hipoteca constituida por el esposo de la fallecida por carecer de poder vigente, así como la nulidad de la fianza personal prestada por la poderdante fallecida, lo cual fue confirmado en apelación.

La STS de 13 de febrero de 2014 tuvo por objeto un supuesto de venta de unos inmuebles a una sociedad mercantil por parte de un mandatario, hijo de los propietarios fallecidos, a sabiendas de dicho fallecimiento. El hermano del falso mandatario solicitó la declaración de nulidad de la

²⁴ ECLI:ES:TS:2008:5535.

²⁵ ECLI:ES:TS:2014:640.

²⁶ ECLI:ES:TS:2015:114.

²⁷ ECLI:ES:TS:2018:2856.

venta y de la inscripción registral a favor de la compradora. La demanda fue estimada íntegramente en primera y segunda instancia, lo cual fue confirmado en casación por el Tribunal Supremo al no concurrir la buena fe del mandatario requerida por el art. 1738 CC para determinar la validez del contrato celebrado por el *falsus procurator*. El Alto Tribunal desestimó en ambos casos la validez de los negocios concluidos por el falso mandatario, afirmando sobre al respecto lo siguiente²⁸:

“De la simple lectura de la norma (*refiriéndose al art. 1738 CC*) se desprende que constituye una excepción al principio general contemplado por el artículo 1259 del Código Civil, según el cual el contrato celebrado a nombre de otro sin estar autorizado por él será nulo; excepción que, como ya declaró esta Sala en su sentencia núm. 984/2008, de 24 octubre, exige literalmente la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea que desconociera la anterior extinción del mandato; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquiera otra de las causas que hacen cesar el mandato.

Por ello se afirma en la sentencia citada que «siendo necesaria la concurrencia de ambas condiciones para la validez del negocio, es claro que en el caso presente concurría la primera pero no la segunda, pues ni siquiera se ha discutido que el mandatario, en el momento de actuar como tal, conocía el anterior fallecimiento del mandante; de modo que la tesis sostenida en el recurso en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incompatible con el propio texto de la norma».

Del mismo modo una interpretación *a contrario sensu* de lo dispuesto por el artículo 1734 del Código Civil («cuando el mandato se haya dado para contratar con determinadas personas, su revocación no puede perjudicar a éstas si no se les ha hecho saber») lleva a considerar que, si se trata de un mandato general, la revocación sí puede perjudicar a los terceros, salvo que concurra el supuesto excepcional previsto en el artículo 1738, que requiere la buena fe por parte de mandatario y tercero”.

La STS de 22 de enero de 2015 versa sobre un supuesto, distinto al del fallecimiento del mandante, aunque dentro de la *ratio* del art. 1738 CC, en este caso por revocación del poder de representación por parte del mandante. Los hechos que dan lugar al litigio son los siguientes: una madre mandante había otorgado poder notarial a su hijo mandatario en el año 1999 para actuar en su nombre. Posteriormente, dicho poder fue revocado por la madre mediante escritura pública otorgada el 14 de junio de 2000 y notificada al hijo mandatario el día 20 del mismo mes, aunque este no devolvió la copia autorizada del poder. Durante la vigencia del poder, el hijo mandatario otorgó dos escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, en agosto y septiembre de 1999. Con posterioridad a la revocación, el hijo otorgó una tercera escritura de hipoteca cambiaria en julio de 2000, actuando aún en nombre de su madre, pese a que el poder ya no estaba en vigor. La madre mandante y un tercer comprador al que había vendido los inmuebles interpusieron demanda solicitando la nulidad de las tres escrituras. El Juzgado de Primera Instancia declaró válidas las dos primeras escrituras, pero anuló la tercera por haberse otorgado

²⁸ Se reproduce un fragmento del Fundamento Jurídico Segundo de la STS de 13 de febrero de 2014, donde se viene a reiterar esencialmente lo establecido en la sentencia anterior de 24 de octubre de 2008.

sin poder vigente. Ambas partes recurrieron la resolución. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de la parte actora y estimó el de la parte demandada, considerando válidas las tres escrituras. El tribunal fundamentó su decisión en el art. 1738 CC, concluyendo que la revocación del poder no perjudica a terceros que hubieran contratado de buena fe confiando en la apariencia de poder del mandatario, sin que fuera necesario demostrar la buena fe o mala fe en la conducta del hijo mandatario, y bastando con la falta de prueba de la mala fe por parte de los terceros intervinientes en el negocio jurídico. El Tribunal Supremo, en aplicación de la doctrina clásica de exigencia de la doble buena fe por parte del tercero y el mandatario (con invocación de la anterior STS de 13 de febrero de 2014) revocó la sentencia de apelación y declaró igualmente la nulidad de la tercera hipoteca. Así lo declara el Alto Tribunal en los términos siguientes:

“[S]i se trata de un mandato general, que es el caso, la revocación si puede perjudicar a los terceros, salvo que concurra el supuesto excepcional previsto en el artículo 1738 del Código Civil, que, según doctrina de la Sala, requiere buena fe por parte de mandatario y tercero.

Esta doctrina, plasmada recientemente en la sentencia citada por la parte recurrente de 24 de octubre de 2008, ratificada por la de 13 de febrero de 2014, interpreta el artículo 1738 del Código Civil en el sentido de exigir para su aplicación la concurrencia de dos condiciones: en primer lugar, que el tercero con el que contrata el mandatario haya actuado de buena fe, o sea que desconociera la anterior extinción del mandato, condición que se da en el supuesto que enjuiciamos; y en segundo lugar, que dicho mandatario, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la muerte del mandante o la concurrencia de cualquier otra de las causas que hacen cesar el mandato, condición esta que no concurre en el presente supuesto en el que el mandatario usó el poder cuando le había sido debidamente notificada su revocación.

Por ello la tesis de la sentencia, en aras a la ultra actividad del mandato por razón exclusivamente de la buena fe del tercero resulta incomprensible con el propio texto de la norma y doctrina de la Sala que lo interpreta”.

Finalmente, la STS de 19 de julio de 2018 plantea un supuesto de hecho más complejo, toda vez que se trata de una revocación de carácter tácito, donde se proclama la tesis de exigencia de la doble buena fe, aunque parece ser que en el caso ni siquiera concurre la buena fe del tercero. El litigio se centra en la validez de una garantía hipotecaria constituida por un mandatario, diecisiete años después de haber recibido poder notarial por parte de su entonces pareja sentimental, la cual ostentaba la titularidad exclusiva del inmueble hipotecado. El poder otorgado en 1991 confería amplias facultades sobre la vivienda, incluyendo la de venderla o hipotecarla, y fue suscrito en el contexto de una operación inmobiliaria promovida por el mandatario, con quien la mandante colaboraba habitualmente en subastas judiciales. Pese a la existencia del poder, fue la propia mandante quien contrató personalmente el préstamo hipotecario en cuestión para financiar la adquisición de la vivienda y quien abonó íntegramente las cuotas hasta su cancelación. Poco después del otorgamiento del poder, cesó la relación sentimental entre ambas partes y no volvieron a mantener contacto. En el año 2008, el mandatario compareció ante notario y, sin conocimiento ni consentimiento de la mandante, utilizó el referido poder -que no había sido formalmente revocado- para hipotecar el inmueble en garantía de un préstamo personal por importe de 141.000 euros, mediado por una empresa especializada y concedido por un tercero ajeno a la relación inicial. El préstamo, pactado con un

plazo de devolución de seis meses, fue recibido en su totalidad por el mandatario, quien actuó sin intención alguna de restituir el capital, a sabiendas del perjuicio que causaría a la mandante, cuya vivienda quedaba sujeta a ejecución hipotecaria. La mandante tuvo conocimiento de la operación al ser requerida de pago en el procedimiento de ejecución, iniciado tras el incumplimiento del prestatario, y revocó el poder notarial dos días después. Posteriormente interpuso demanda civil contra el mandatario y el tercero prestamista, solicitando la nulidad de la hipoteca, la del procedimiento de ejecución y, subsidiariamente, la del propio contrato de préstamo. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la garantía hipotecaria por falta de consentimiento de la propietaria, al haberse constituido con base en un poder tácitamente revocado y en un contexto ajeno a su voluntad. La resolución valoró la antigüedad del poder, el cese de la relación entre las partes y la conducta del mandatario, que era plenamente consciente de la falta de vigencia del poder por las circunstancias. Asimismo, se reprochó al tercero prestamista no haber actuado con la diligencia mínima exigible, al no verificar la vigencia del poder ni la intervención real de la titular registral, y al haber confiado exclusivamente en manifestaciones del prestatario, sin recabar una tasación actualizada ni comprobar la situación posesoria del inmueble. El recurso de apelación interpuesto por el tercero prestamista fue desestimado. La Audiencia Provincial confirmó que la nulidad por ausencia de consentimiento es imprescriptible y que no concurrían los requisitos del artículo 1738 del Código Civil, al no acreditarse la buena fe exigible del tercero contratante ni la falta de conocimiento del mandatario sobre la revocación tácita del poder. La sentencia ratificó que el prestamista actuó con una falta de diligencia relevante, máxime tratándose de un poder notoriamente antiguo, sin contacto alguno con la propietaria y sin garantía suficiente sobre la viabilidad de la operación.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de apelación y, dejando al margen las consideraciones relativas a la revocación tácita del poder, desestimó la aplicación del art. 1738 CC por no concurrir la buena fe del mandatario (aquí se reitera la doctrina clásica y literal mantenida en sentencias anteriores), ni tampoco la del tercero. Como puede comprobarse, aquí la aplicación de la tesis clásica no es relevante toda vez que falta la buena fe del tercero, si bien no deja de reiterarse en los términos que siguen:

“Lo realizado tras la extinción del poder es nulo (art. 1259 CC), no vincula al representado (mandante, art. 1727 CC), y frente al tercero es responsable el representante (mandatario, art. 1725 CC). El art. 1738 CC protege al representante cuando actúa desconociendo la extinción del poder y, en tal caso, afirma la continuidad de la relación representativa frente a los terceros de buena fe.

Esta sala ha reiterado que la aplicación del art. 1738 CC requiere dos presupuestos: que el tercero con el que contrata el representante haya actuado de buena fe, o sea, que desconociera la anterior extinción del mandato; y que dicho representante, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la concurrencia de cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato [...].

En el presente caso, la sentencia recurrida no es contraria a la doctrina de la sala porque considera probado, como ya se ha explicado, que el representante conocía que no podía hacer uso del poder, lo que excluye la posibilidad de encaje en el supuesto de hecho del art. 1738 CC. Pero además, y esto es verdaderamente relevante a juicio de esta sala, de los hechos probados, tampoco se infiere que la diligencia del recurrente fuera la

suficiente para desplegar la protección que dispensa el precepto, pues sería precisa una confianza razonable en la aparente subsistencia del poder que, en el caso, no se da. Basta recordar a estos efectos, como dice la sentencia recurrida, que estamos ante el uso de un poder cuanto menos sospechoso por su antigüedad (1991) y que el recurrente, pese a acudir a ver por fuera la finca, no intentó comprobar la realidad de la autorización para la constitución de la hipoteca de una vivienda a nombre de persona distinta de quien era el prestatario, a quien conoció en la notaría. Frente a ello, no es suficiente el argumento del recurrente, mantenido en todas las instancias y reiterado ahora en casación, de que si el notario dio por válido el poder y el registrador de la propiedad lo calificó, él no tenía por qué dudar. En cualquier caso, el carácter sospechoso del poder otorgado en 1991 para hipotecar una vivienda comprada por la poderdante ese mismo año, en garantía de un préstamo a la propia poderdante, era más que evidente en 2008 para hipotecar esa misma vivienda, no ya en garantía de otro préstamo a la propietaria, la poderdante, sino de un préstamo personal a quien solo formalmente, dado lo muy perjudicial de la operación para la poderdante, podía seguir considerársele su apoderado”.

A nivel doctrinal la tesis de la doble exigencia de buena fe al tercero y al mandatario puede reputarse como clásica, toda vez que fue la defendida por el propio García Goyena²⁹ (artífice de la redacción del precepto, como se verá) y Manresa³⁰. En tiempos recientes es acogida por autorizadas voces: tal es el caso de los Profesores Miquel González y Pantaleón Prieto³¹, quienes han comentado favorablemente la doctrina sentada por la STS de 13 de febrero de 2014³².

²⁹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 53, donde comentando el art. 1628 de su Proyecto (de redacción idéntica al vigente art. 1738 CC), indica lo siguiente: “En el caso de este artículo el mandatario obra de buena fe y en utilidad de solo el mandante. Así, aunque atendido el rigor de derecho, no debía valer lo obrado por el mandatario después de la cesación del mandato, se admitió lo contrario ex bono et aequo, que en contratos de esta especie debe prevalecer sobre los ápices del derecho. Los terceros se encuentran en el mismo caso que el mandatario cuando, como él, obran de buena fe: si obran de mala fe sabiendo, por ejemplo, la muerte del mandante, aunque la ignorase el mandatario, no podrán prevalecerse de lo hecho”.

³⁰ MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1905, pp. 564 y 565: “La declaración hecha por el art. 1738 relativa a la validez de los actos del mandatario, ignorando la muerte del mandante, tiene carácter general y convalida esos mismos actos [...] con relación a los terceros que hayan contratado con él de buena fe. Quiere indicar con esto el Código que la ignorancia ha de ser común a los terceros y al mandatario, porque si aquéllos supieran la muerte, la quiebra o insolvencia del mandante o la revocación del poder, los actos realizados serían nulos con relación a aquéllos, porque con razón podría argüírseles su mala fe al contratar con la plena conciencia de que no podía ostentar el mandatario, ya que ellos lo sabían aunque éste lo ignorase, la representación del mandante. La norma establecida por el art. 1738 constituye, a no dudar, una excepción a los principios generales a tenor de los que el error invalida de derecho el consentimiento, mas hallase justificada, como tantas otras, por los principios de equidad para evitar que el *summum jus* sea la *summa injuria*. Es esta validez una verdadera ficción jurídica establecida por la ley para beneficiar al mandatario y a los terceros de buena fe, validez que acaba con el conocimiento por el mandatario a los terceros del fin del mandato. En el caso de que la mala fe radicara en el mandatario y no en los terceros, aquél sería responsable del dolo y podrían éstos ejercitar contra él las correspondientes acciones”.

³¹ También es la posición defendida, entre otros por DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 157; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo IV, Civitas, Cizur-Menor, 2010, p. 505 (si bien, el propio Díez-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979, p. 294, estima que, contra la solución que estima establecida por la Ley, la protección de los terceros debería existir sin necesidad de buena fe en el mandatario, sino simplemente “por haber permitido los herederos del mandante la subsistencia de los signos aparentes creados por el fenómeno representativo”); LEÓN-CASTRO ALONSO, J. R., *El mandato...*, cit., p. 585; BUSTO LAGO, J. M., «Contrato de mandato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de contratos*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 4ª Edición, p. 3865.

³² La tesis se defiende también con ahínco por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El poder de papá cuando papá ya había muerto», disponible en:

El Profesor MIQUEL cuestiona el uso acrítico de la seguridad jurídica como argumento dogmático e incontestable en el discurso jurídico, que se invoca con frecuencia y sin matices, pese a su notable polisemia. Subraya una dimensión relevante de dicha seguridad jurídica: la seguridad entendida como certeza del Derecho, lo que implica decidir conforme a las fuentes normativas legalmente reconocidas (art. 1 CC), y no con base en la autoridad doctrinal, lo que equivaldría a una regresión al sistema del antiguo *ius commune*. Acudiendo a una lectura, no solo literal, sino sistemática del art. 1738 CC, puede comprobarse que es un precepto ubicado en sede de la regulación de los derechos y obligaciones de las partes contratantes. En este contexto, deben determinarse las obligaciones existentes y cuándo se extinguen; una vez extinguido el mandato, claro está, las partes quedarán liberadas entre sí. Conforme a un criterio finalista, la exigencia de buena fe del mandatario responde a la necesidad de protegerlo frente a obligaciones que ya no deberían vincularle una vez extinguido el mandato. Así, si el mandatario actúa de buena fe, se protege al tercero mediante la conservación de los efectos del contrato; si actúa de mala fe, el tercero queda protegido mediante la acción contractual directa contra el mandatario, no a través de la vinculación del mandante, ya desligado del negocio. Destaca que no existe en nuestro ordenamiento un principio general de protección de la apariencia con efectos oponibles al titular del interés, si ello implica prescindir de la imputabilidad o de la autorresponsabilidad de quien debe soportar las consecuencias del acto. En definitiva, se defiende la primacía del principio de autonomía privada (arts. 1257 y 1259 CC), el cual impide que un sujeto quede vinculado por actos ajenos sin haber prestado consentimiento. Este principio solo puede excepcionarse en casos puntuales, y no con base en una supuesta protección automática de la apariencia. Se concluye, por tanto, que la autorresponsabilidad y el consentimiento siguen siendo límites fundamentales frente a los efectos jurídicos de actuaciones no consentidas, incluso en contextos donde se invoca la apariencia de validez de los actos³³.

El Profesor PANTALEÓN, en esta misma línea, sostiene que la finalidad principal del art. 1738 CC es proteger al mandatario que actúa desconociendo la extinción del poder, y no proclamar un principio general de protección del tercero frente al mandante. A su juicio, la norma presupone que puede existir buena fe en el tercero que cree estar contratando válidamente con un mandatario aún investido de poder. Sin embargo, dicha protección solo se proyecta frente al mandante poderdante cuando el mandatario haya actuado ignorando de buena fe la causa extintiva, no en cualquier supuesto. De ello se deduce que la validez del contrato frente al mandante no se garantiza automáticamente por el solo hecho de la buena fe del tercero, y mucho menos cuando el mandatario actúa con conocimiento del cese del mandato. Esta lectura se refuerza con el art. 1734 CC, del que se desprende con claridad que, en nuestro sistema, el simple hecho de que el mandante haya conferido un poder al mandatario para contratar con determinadas personas no basta por sí solo para generar una apariencia jurídica o una situación de confianza legítima que pueda reputarse imputable o reprochable al mandante poderdante. Por tanto, no cabe hablar en nuestro Ordenamiento de un principio general de protección del tercero a título oneroso que confíe en la existencia del mandato, si no concurre, además, un comportamiento del mandante que justifique su sacrificio en aras de la seguridad del tráfico. La

<https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2014/03/el-poder-de-papa-cuando-papa-ya-habia.html>
(fecha de consulta: 3 de septiembre de 2025).

³³ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., «El artículo 1738 del Código Civil», disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2014/03/el-articulo-1738-del-codigo-civil.html> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2025].

clave reside en el principio de autorresponsabilidad, según el cual nadie puede quedar vinculado por un acto que no ha consentido, salvo que haya contribuido activamente a generar la apariencia de poder³⁴. Si el mandatario actúa con mala fe, será únicamente él quien responda ante el tercero. Una segunda tesis, como se ha anticipado, propugna una interpretación correctora del art. 1738 CC sobre la base de una visión armónica del conjunto del Ordenamiento inspirada por el principio general de protección de la apariencia y también partiendo de su génesis histórica (cuestión que se verá con detenimiento en el siguiente apartado). Desde esta perspectiva podría decirse que se emplea el criterio sistemático, en el sentido de propugnar una lectura no aislada del precepto, sino en coherencia con el conjunto de preceptos en los que se condensa la protección de los terceros de buena fe que confían en la apariencia. Para esta tesis, pues, debe bastar la ignorancia excusable del tercero (su buena fe) acerca de la extinción del mandato para lograr protección mediante la validez de la relación contractual que lo vincule con el mandante (o sus herederos, para el caso de fallecimiento que nos ocupa); convirtiendo así la apariencia en realidad, en definitiva.

A nivel jurisprudencial, acaba de comprobarse que parece consolidarse la doctrina de la doble exigencia de buena fe por parte del mandatario y del tercero. No obstante, se trata de una línea jurisprudencial que choca con otra extendida doctrina planteada esencialmente en el ámbito mercantil (señaladamente societario), que se remonta a los años ochenta, en la que se protege al tercero de buena fe que confía en la apariencia de representación sin mayores exigencias. Suele tratarse de actuaciones llevadas a cabo por empleados de una sociedad mercantil, o por miembros del consejo de administración que, sin ostentar poder de representación suficiente, realizan actuaciones que acaban vinculando a la sociedad mercantil con base en la doctrina de protección de la apariencia (del denominado “mandato aparente”). No cabe defender un planteamiento tan contradictorio entre el ámbito civil y el mercantil³⁵, pues, como se ha subrayado en las indicaciones preliminares del presente estudio, las reglas sobre representación aparente y la protección de los terceros deben ser uniformes para el conjunto del Derecho privado³⁶.

Un ejemplo reciente que evidencia la sorprendente incoherencia de esta doctrina respecto del planteamiento ofrecido en torno al artículo 1738 del Código Civil lo constituye la Sentencia del

³⁴ PANTALEÓN PRIETO, F., «A propósito de la discusión sobre la STS de 13 de febrero de 2014», disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/04/a-proposito-de-la-discusion-sobre-la.html> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2025].

³⁵ Así lo defiende igualmente ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo», *InDret*, 2015, núm. 1, pp. 13 y 14: “Ciertamente abundan los pronunciamientos jurisprudenciales referidos, sobre todo, a la representación de las sociedades mercantiles, pero no pensamos que ese dato signifique un motivo definitivo de diferenciación que circunscriba al ámbito mercantil la protección del tercero que confía en la apariencia representativa. Simplemente se trata de que los supuestos más importantes, desde el punto de vista cuantitativo, del conflicto con un tercero de buena fe, se producen con relación a la representación en el ámbito mercantil. Pero cualitativa y valorativamente el conflicto es similar al que se produce o puede producir en el ámbito civil. Y las normas que fundamentan la protección del tercero se pueden encontrar también en ambos sectores del ordenamiento”.

³⁶ No lo entiende así GONZÁLEZ CARRARSCO, M^a. C., «Comentario al artículo 1738 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Tirant lo Blanch, 2013, p. 1182, al sostener que en el ámbito civil la protección de la apariencia jurídica debe ser un mecanismo excepcional, dado que la seguridad del tráfico no puede prevalecer siempre frente a la regla general del art. 1259 CC, y debe preferirse en algunos casos la seguridad jurídica del titular del derecho. Tal es el caso igualmente de PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil*, 1985, núm. 175-176, pp. 23 y 25.

Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2014³⁷. En el marco del procedimiento concursal de una sociedad mercantil dedicada al sector alimentario, una empresa acreedora solicitó el reconocimiento de un crédito por importe de 403.677,24 euros. La deuda tenía su origen en un aval prestado por la sociedad concursada para garantizar el pago de unos efectos cambiarios emitidos por otra sociedad perteneciente al mismo grupo empresarial, en el contexto de un acuerdo de refinanciación suscrito entre esta última y la acreedora. El aval fue firmado, en nombre de la sociedad concursada, únicamente por el presidente de su consejo de administración, actuando en virtud de un poder conferido conjuntamente a él y a otra directiva. Dicho poder exigía para determinados actos -entre ellos, la prestación de garantías por obligaciones de terceros- una actuación mancomunada de ambos apoderados. No constaba acuerdo específico del consejo que autorizara la operación, ni la intervención conjunta prevista en el apoderamiento. No obstante, la otra apoderada tenía conocimiento de la operación, y no se formularon objeciones hasta el momento del reconocimiento concursal del crédito. La administración concursal rechazó la solicitud de reconocimiento del crédito alegando que el aval fue firmado por una única persona, sin observar la actuación mancomunada exigida. Ante esta negativa, la parte acreedora promovió incidente concursal, que fue desestimado en primera instancia. El juzgado razonó, por un lado, la falta de aportación de los efectos cambiarios y, por otro, la ausencia de legitimación del firmante del aval para obligar válidamente a la sociedad, al haber actuado sin la concurrencia de la otra persona designada en el poder. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial confirmó la resolución. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación declarando la validez de la deuda sobre la base de la doctrina sobre mandato aparente:

“De los hechos probados se desprende que, si bien el poder del Sr. Horacio para comprometer a la sociedad con la firma del aval cambiario y garantizar una deuda refinanciada de Clesa, era insuficiente, actuó bajo un mandato aparente. Esta figura se da cuando el mandante aparente, con su comportamiento, genera en el tercero con quien se relaciona la convicción de la existencia del mandato, corroborado por la actitud del mandatario que actúa frente al tercero bajo esta apariencia de representación.

Como ya expusimos en nuestra anterior sentencia 707/2012, de 27 de noviembre, «la jurisprudencia hace tiempo que se hizo eco de la doctrina que entendía que debía ser mantenido en su contrato quien lo realizó de buena fe con un representante aparente (SSTS 24 de noviembre de 1989, 27 de septiembre de 1995, 31 de mayo de 1998, 18 de marzo de 1999 y, más recientemente, la Sentencia 266/2008, de 14 de abril). Para su apreciación, se exige que el tercero de buena fe haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora. En este sentido, en la sentencia 266/2008, de 14 de abril, nos referíamos a que la confianza del tercero en la existencia del poder fuera razonable y no debida a su negligencia».

³⁷ ECLI:ES:TS:2014:4241. Esta sentencia consolida una doctrina acogida por distintas sentencias anteriores; para un análisis muy detallado de esa doctrina jurisprudencial puede verse a ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo»..., *cit.*, pp. 13-21.

La vinculación entre Clesa y Cacaolat, y la condición de presidente del consejo de administración de Cacaolat del Sr. Horacio, propiciaron la apariencia de apoderamiento frente a Álvarez Camacho. Esta apariencia generada frente al tercero de buena fe provoca que no pueda verse perjudicado por la ausencia de poder de representación”.

En definitiva, se protege al tercero que celebra un contrato con un representante aparente bastando su buena fe y con independencia de la buena o mala fe del falso representante. La incongruencia entre ambos planteamientos en sentencias de fechas muy próximas (13 de febrero y 7 de octubre de 2014) no encuentra justificación posible. ¿Por qué se proclama la doctrina del “mandato aparente”³⁸ en el ámbito mercantil y se prescinde de ella en materia estrictamente civil?³⁹ La posición del tercero es sustancialmente similar en ambos casos: confía en una apariencia objetiva generada por el representante con implicación del *dominus* e ignora excusablemente la falta de poder de representación (al margen de la causa que lo haya determinado)⁴⁰. Téngase en cuenta, además, que uno de los ámbitos en los que se consagra genuinamente la protección de la apariencia es precisamente el inmobiliario (arts. 32 y 34 LH⁴¹), materia intrínsecamente civil donde se prescinde por completo de la naturaleza de los sujetos implicados.

³⁸ La STS de 27 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8862) define el mandato aparente en los términos siguientes: “[E]l mandato aparente ocurre cuando el mandante aparente, con su comportamiento, genera en el tercero con quien se relaciona la convicción de la existencia del mandato, corroborado por la actitud del mandatario que actúa frente al tercero bajo esta apariencia de representación. En el primer caso existe un verdadero mandato, en el segundo, aunque no existe, la apariencia generada frente al tercero de buena fe provoca que no pueda verse perjudicado por la ausencia de poder de representación”.

³⁹ Así lo subraya con enorme claridad ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo»..., *cit.*, p. 17: “[D]ifícilmente puede entenderse congruente esa jurisprudencia ya citada con la de las dos SSTs cuyo criterio estamos criticando: ¿es que el cese de los poderes de representación por muerte del poderdante supone una hipótesis tan peculiar que obligue a separarse de la sensata construcción de la protección de los terceros que tan certeramente ha construido a lo largo del tiempo nuestra jurisprudencia? Evidentemente no nos lo parece [...]”.

⁴⁰ BARBER CÁRCAMO, R., *Una aproximación a la representación voluntaria desde sus límites institucionales*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 118 y 119, subraya en este mismo sentido que “sin ninguna duda, la jurisprudencia reciente es restrictiva en cuanto a la ultra-actividad del poder extinguido en favor de terceros. Pero ello concurre con una habitual admisión de la protección de la apariencia como fuente de representación, cuando no se plantea la extinción de un poder, sino la existencia misma o el ámbito del mismo. De manera que ante la actuación de un supuesto apoderado que, amparado por una situación de apariencia creada fácticamente por el principal [...] contrata con un tercero de buena fe, la jurisprudencia indefectiblemente considera vinculado al principal, sin requerir una buena fe del apoderado que habitualmente no existe. Es cierto que muchos de estos supuestos se producen en el ámbito mercantil. Pero no todos, y lo que es más importante: no se advierte que, fuera del ámbito de las especialidades que el principio de inoponibilidad de lo no inscrito alcanza en el tráfico mercantil, los argumentos jurídicos aducidos sean diferentes en dicho ámbito y en el civil. De hecho, la jurisprudencia no siempre alude a la figura del factor notorio del art. 286 C de c. en el ámbito mercantil. Antes bien, la fundamentación para estimar la existencia de representación descansa en los dos ámbitos en la apariencia, que para proteger el tráfico y la seguridad jurídica, exige la vinculación del principal con el tercero”. Una opinión contraria es la defendida por BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 1998, pp. 313 y 314, refiriéndose a los criterios objetivos de imputación del *dominus* que encierra la protección de la apariencia conforme al BGB alemán: “[E]l recurso a criterios objetivos de imputación no parece igual de admisible en todos los campos. Sí lo parece en el tráfico mercantil, en el que el control y vigilancia de los dependientes, factores y demás auxiliares, así como la propia organización de la empresa, se producen con el consiguiente riesgo del empresario, a diferencia del civil, en el que, en cambio, no existe tal ámbito de riesgo”.

⁴¹ De conformidad con un “dualismo” moderado en el sentido defendido por GORDILLO CAÑAS, A., «El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *Anuario de Derecho Civil*, 2004, núm. 2, pp. 381-548.

La protección del tercero de buena fe que confía en la apariencia representativa en el ámbito societario se confirma además en el vigente art. 234 de la Ley de Sociedades de Capital (en el segundo párrafo del apartado primero y el apartado segundo del referido precepto), a cuyo tenor: “Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social”. En aplicación de este precepto, la reciente STS de 15 de julio de 2025⁴², confirma la validez de unas cartas de patrocinio conferidas por una sociedad mercantil francesa, a través de su presidente y director general quien era incompetente para llevar a cabo dicha actuación sin la autorización del consejo de administración. El Tribunal Supremo, se hace eco de la doctrina consolidada sobre el particular y confirma que los terceros de buena fe se ven amparados por el principio de protección de la apariencia:

“[L]a sentencia 426/2009, de 19 de junio, [...] con ocasión de abordar un supuesto en que la sentencia de apelación había apreciado que los consejeros delegados que actuaron carecían de poder para obligar a la sociedad, toda vez que se trataba de operaciones que estaban fuera del giro y tráfico, declaró: «[...] se ha de tratar de cohonestar la seguridad del tráfico y la consiguiente protección del tercero de buena fe con el principio de defensa del interés social, y cuando la salvaguarda de ambos principios no es posible se observa en el Derecho comparado una tendencia a adoptar o aproximarse al sistema germánico que da primacía a la protección del tercero y a la seguridad del tráfico. Esa tendencia se ha acabado imponiendo también entre nosotros. Así, se ha aceptado que están dentro del ámbito de poder de representación de los administradores no sólo los actos de desarrollo o ejecución del objeto, y los actos auxiliares o complementarios, sino también los neutros o polivalentes e incluso los aparentemente no conectados, quedando excluidos los claramente contrarios (RR de 11 de noviembre de 1991, y las que allí se citan, como las de 12 de mayo y 24 de noviembre de 1989) pues [...] la conexión de un acto con el objeto social no es sencilla en general, a priori, ya que esa conexión tiene en algún aspecto matices subjetivos, participa en muchas ocasiones del factor riesgo, implícito en los negocios mercantiles, y suele precisar del conveniente sigilo para no hacer ineficaces, por públicas, determinadas decisiones empresariales que pretenden por medios indirectos resultados negociales propios del objeto de la sociedad. [...]. La sentencia 503/2014, de 7 de octubre, reitera la jurisprudencia sobre la protección de los terceros de buena fe que contratan confiados en la apariencia jurídica de estar haciéndolo con un verdadero apoderado o autorizado por la otra parte: «Como ya expusimos en nuestra anterior sentencia 707/2012, de 27 de noviembre, "la jurisprudencia hace tiempo que se hizo eco de la doctrina que entendía que debía ser mantenido en su contrato quien lo realizó de buena fe con un representante aparente (SSTS 24 de noviembre de 1989, 27 de septiembre de 1995, 31 de mayo de 1998, 18 de marzo de 1999 y, más recientemente, la Sentencia 266/2008, de 14 de abril). Para su apreciación, se exige que el tercero de buena fe haya fundado su creencia de buena fe no en meros indicios sino en la consistencia de una situación objetiva, de tal significación o fuerza reveladora que el haberla tomado como expresión de la realidad no puede imputársele como negligencia descalificadora. En este sentido, en la sentencia 266/2008, de 14 de abril, nos referíamos a que la confianza del tercero en la existencia del poder fuera razonable y no debida a su

⁴² ECLI:ES:TS:2025:3587.

negligencia"». En definitiva, "la ausencia de la autorización previa del consejo de administración para la suscripción de la carta de patrocinio no se prevé en el ordenamiento nacional como óbice que impida que el contrato despliegue todos sus efectos frente al tercero de buena fe".

Además de esta sólida doctrina de protección de la apariencia en el ámbito societario, también existe jurisprudencia anterior al 2008 en la que únicamente se exige la buena fe del tercero en los casos específicos de cese o extinción del poder de representación. Se trata de sentencias de mediados y finales del Siglo XX, si bien ello no es demostrativo del carácter obsoleto de las mismas, toda vez que son escasas las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en aplicación del art. 1738 (apenas cuatro sentencias pueden computarse en los últimos veinticinco años)⁴³; son mayoritarias, como se ha advertido, las planteadas en aplicación de la doctrina sobre el "mandato aparente" en el ámbito societario y mercantil. A este respecto cabe destacar la STS de 3 de julio de 1976⁴⁴, que tuvo por objeto un supuesto litigioso en el que los demandantes suscribieron un contrato privado con el representante codemandado para que este promoviera la construcción de un inmueble en el solar, con la condición de que se reservaran para los demandantes determinados elementos privativos (los bajos y algunas viviendas). Para posibilitar esta operación, se otorgó un poder notarial al representante, limitado a los efectos del negocio de construcción acordado. Al comprobar que el apoderado no cumplía lo pactado, los demandantes decidieron resolver el contrato de obra y revocar expresamente el poder otorgado, lo cual realizaron mediante instrumento notarial antes de la fecha en que se formalizó la escritura pública de compraventa del inmueble. Posteriormente, se tuvo conocimiento de que el apoderado había otorgado escritura pública de compraventa en favor de una sociedad mercantil, utilizando el poder previamente revocado, lo cual fue detectado al consultar el Libro Diario del Registro de la Propiedad. A raíz de estos hechos, se formuló denuncia penal contra el apoderado y se solicitó judicialmente la declaración de nulidad de la compraventa y la cancelación de los asientos registrales correspondientes. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda, considerando protegida la posición del tercero adquirente conforme al art. 1.738 CC. El Tribunal Supremo confirmó en casación la sentencia de apelación en los términos siguientes:

"[E]s un hecho cierto, que el Código Civil en su artículo 1738, lleva en sí, un supuesto determinado, cierta protección especial de los terceros adquirentes, encaminada a evitar que la inexistencia o la extinción del derecho del transferente, pueda perjudicar al tercero, y así, dicho precepto defiende a éste sobre la base de una especie de protección de la confianza en la apariencia frente a la realidad jurídica constituyendo dicha norma una excepción a los principios generales, a tenor de los que, el error invalida de derecho el consentimiento, ya que se encuentra justificado por los principios de equidad, y como esta validez constituye una ficción jurídica establecida por la Ley para beneficiar a los terceros de buena fe, ya que el conocimiento de la revocación del poder que no llega a éstos sólo cabe imputar al poderdante el riesgo en la creencia del mismo, que sólo él ha creado, y por eso, la buena fe de aquéllos, es en estos casos fundamento suficiente por sí

⁴³ Sí existe jurisprudencia menor que se alinea con la tesis que solo exige la buena fe del tercero; un análisis detallado de la misma puede verse en claridad ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo»..., *cit.*, pp. 19-21.

⁴⁴ ECLI:ES:TS:1976:1136.

solo para que sean protegidos, y así, se expresa la doctrina científica y la sentencia de 5 de febrero de 1948 pues si el mandato constituye una relación que afecta a mandante y mandatario, en tanto que el poder es relación que afecta a terceros, ha de concluirse, que siendo aquél una relación jurídica basada en la confianza que entre sí tienen los que la conciertan, y a la que es completamente extraño el tercero, la regla general es que éste desconozca las vicisitudes que puedan influir en su desenvolvimiento, y como los motivos en los que se apoya el recurso no tienen trascendencia a los efectos de casación ya que como se aduce con anterioridad, aquella ficción jurídica de protección a los terceros, constituye una excepción a los principios generales de la contratación, en el ámbito del consentimiento, es visto, que carece el motivo de toda trascendencia, por lo que decae el mismo [...]”.

Puede constatarse que el Tribunal Supremo en esta sentencia aplica el art. 1738 CC a un supuesto de revocación del poder instrumentada en escritura pública⁴⁵, conocido por el mandatario, bastando la ignorancia del tercero comprador.

A nivel doctrinal la tesis de protección de la apariencia ha sido defendida con argumentos muy convincentes por el Profesor GORDILLO CAÑAS. La piedra angular de su postura es la defensa del principio de protección de la apariencia jurídica, configurado a su parecer como verdadero principio general del Ordenamiento. Un principio general que cabe deducir de variadas normas y que no es mera invención doctrinal⁴⁶. Llevando este principio al ámbito material de la representación, son tres los grandes presupuestos que determinan la situación de apariencia de representación protegible: a) La implicación del *dominus* en la creación de la apariencia de representación determinada en términos objetivos, alejados así del criterio de la culpa; b) La colaboración del representante en la generación de la apariencia representativa; c) Y la imprescindible buena fe del tercero configurada en términos éticos, esto es, como ignorancia excusable. Dándose estos tres presupuestos, la protección de la apariencia actúa *ex lege* convirtiéndola en realidad: logrando la validez de la actuación del representante (que de otro modo sería nula) con la que el tercero y el representado quedarán vinculados.

⁴⁵ La determinación de los casos de cesación del mandato en la *ratio* del art. 1738 CC no es cuestión pacífica, particularmente en los casos de renuncia y revocación, en la medida en que el precepto alude expresamente a “la muerte del mandante”, y genéricamente a “otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato”. Lo pone de manifiesto planteando las dudas acerca de la posible acreditación de la buena fe del mandatario LEÓN-CASTRO ALONSO, J. R., *El mandato...*, cit., p. 583: “Habitualmente se habla de la muerte, y a lo sumo de la revocación, como las más típicas causas determinantes de la ultraeficacia del mandato cuando, sabido es, el artículo 1.732 del Código civil comprende otros varios medios de extinción. No parece deba haber duda en supuestos como la quiebra o la insolvencia del mandante en que, al menos hasta que tales estados lleguen de forma cierta y definitiva a conocimiento del mandatario -o se entienda hayan podido llegar de forma razonable—, todo lo actuado por éste será válido y surtirá plenamente sus efectos. No tan clara aparece la solución en tema de revocación y, desde luego, muy problemática se me antoja en caso de renuncia. Efectivamente, siendo ambas modalidades de extinción declaraciones unilaterales de voluntad de una y otra parte interviniente en el mandato, normalmente recepticias, resulta lógico pensar en que habrá de ser la situación objetiva de buena o mala fe el criterio en base al que se estime la conveniencia o no de la protección. Si el sentido del precepto es considerar al mandato extinguido válido a pesar de la muerte u otra cualquiera causa de extinción que el mandatario no debiera conocer o haber conocido, la revocación y la renuncia, sin duda, deben constituir sendas hipótesis en que tal validez resulte muy limitada en el tiempo. Y ello porque, no operando ninguna de las causas ipso facto como resolutivas de la relación de mandato, sino que, antes bien por el contrario, las respectivas declaraciones han de ser dirigidas a la otra parte, solamente existirá un espacio de tiempo, entre la emisión de la declaración y su recepción por el destinatario, en que la relación representativa continúe desplegando toda su eficacia entre las personas ignorantes de buena fe; pero más allá de ese momento, difícilmente podrá seguirse hablando de ésta”.

⁴⁶ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., pp. 396-429 los detalla con enorme precisión.

Es importante resaltar que en relación con la necesaria implicación del *dominus* para la atribución de los efectos de la actuación representativa sin poder existen distintos modos de configurarla: subjetivamente, con base en el criterio de la culpa característico de la responsabilidad aquiliana (este fue el planteamiento defendido originariamente en Francia, como se verá); u objetivamente, como efecto reflejo de la protección dada el tercero. La segunda tesis resulta más convincente, pues si se piensa, la apariencia protegible sólo requiere en puridad su objetiva existencia, sin necesidad de acudir a criterios de imputación de ningún tipo⁴⁷. La peculiaridad planteada por la representación (voluntaria) aparente es la que determina la necesaria imputación al *dominus* a través de su implicación en la apariencia generada. Basta con que la actuación representativa se realice dentro de la esfera del riesgo del representado⁴⁸. Como indica ESPEJO LERDO DE TEJADA a este respecto, “[l]a voluntariedad en la producción de la apariencia solamente tendría relevancia práctica a efectos de prueba: cuando el *dominus* conoce y no impide la creación de la apariencia su imputabilidad es tan clara que no ofrece ningún género de duda; cuando, por el contrario, desconoce la apariencia producida habrá que comprobar si dicha apariencia se ha producido en su esfera de riesgo”⁴⁹.

Se ha destacado este presupuesto de la necesaria implicación del *dominus* en la representación aparente protegible, toda vez que puede resultar controvertido ante supuestos como el que nos interesa donde la extinción del poder se da por el fallecimiento del *dominus* (veremos que estas dudas han llevado a la jurisprudencia inglesa a negar toda protección del tercero en los supuestos de fallecimiento del representado). Aquí será imposible que el propio representado notifique la extinción del poder. ¿Podrán hacerlo sus herederos? Quizá son desconocedores de la apariencia representativa propiciada por su causante, de modo que en esta hipótesis el criterio de la culpa vaciaría de contenido la posible protección del tercero. La clave está en no perder de vista que si el *dominus*, al celebrar un contrato de mandato y conferir un poder de representación al mandatario, provoca una situación objetiva de riesgo donde puede darse una ulterior actuación de falsa apariencia representativa. Los herederos en ese caso solo pueden acabar respondiendo frente al tercero en aplicación de las bases de la sucesión universal, a saber, pasando a ocupar la posición jurídica del causante.

Volviendo a la controversia acerca de la literalidad del art. 1738 CC, debe partirse de una premisa que parece obviarse: no es un precepto dirigido a la protección de los terceros que confían en la apariencia. La finalidad del precepto, como apunta GORDILLO CAÑAS es lograr la protección del mandatario y, solo como efecto indirecto, puede llegar a lograr la correlativa protección del

⁴⁷ Es lo que sucede precisamente con la representación legal, donde como subraya acertadamente GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., p. 201, “[T]al objetivización se logra sin necesidad de dicha implicación. Ni la apariencia es obra del representado, ni la protección del tercero que en ella confía exige tomar en consideración criterio alguno de imputación. Se trata de un caso de apariencia pura [...]”.

⁴⁸ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., p. 169, destaca a este respecto respondiendo a los casos en que se protege la apariencia de representación: “[H]emos de responder que siempre y sólo cuando algún dato objetivo, distinto de la sola declaración del representante, permita al tercero hacer descansar sobre el *dominus* la confianza suscitada por la apariencia de representación. Dicho dato puede ser tanto el que, por seguir una terminología muy al uso en esta materia, constituya una apariencia artificial de representación: su publicidad registral, como el que fundamente una apariencia natural: comportamientos como son la declaración oral, su reflejo documental y su manifestación por *facta concludentia*”.

⁴⁹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo»..., cit., p. 28.

tercero⁵⁰. En efecto, si el mandatario es de buena fe, se verá liberado de toda responsabilidad por su actuación representativa frente al tercero. El tercero, por su parte, si es de buena fe, tendrá en su mano la posibilidad de dirigirse al *dominus*. La génesis histórico-comparada del precepto confirma de lleno estas consideraciones como veremos a continuación.

¿Qué hay entonces del tercero de buena fe si el representante actúa de mala fe? Estaríamos fuera del ámbito de aplicación del art. 1738 CC. La tesis clásica ya analizada reduce la protección del tercero a la posibilidad de dirigirse al propio representante en virtud del art. 1725 CC. No obstante, partiendo de la existencia de un verdadero principio de protección de la apariencia (en el que se apoya con toda claridad la doctrina jurisprudencial del denominado “mandato aparente” ya analizada), debemos ofrecer una protección al tercero que lo vincule al *dominus* convirtiendo la apariencia en realidad. En un plano normativo podría llegarse a esta solución a través de una aplicación analógica y extensiva del art. 1734 CC (a la luz del art. 1738 CC), que podría aplicarse para casos de extinción del mandato que vayan más allá de su revocación (en particular, a este respecto, para el supuesto de fallecimiento del mandante) y fuera del supuesto particular de un mandato celebrado “para contratar con determinadas personas”⁵¹. Si esta construcción puede parecer algo forzada, cabe simplificarla del siguiente modo: si partimos de la existencia de un principio general de protección de los terceros que de buena fe confían en la apariencia, ante el vacío normativo planteado por el art. 1738 CC, existe una plena justificación para aplicar dicho principio general para integrarlo (*ex art. 1.4 CC*⁵²). Una manifestación clara precisamente de la aplicación de este principio general de forma autónoma es la doctrina jurisprudencial sobre el “mandato aparente” en el ámbito mercantil a la que se ha aludido anteriormente.

En definitiva, como afirma acertadamente RIVERO HERNÁNDEZ, dado el concurso de tantos elementos en diferentes protagonistas, las consecuencias jurídicas no se producen de forma uniforme, sino variable. Los factores que deben tomarse en consideración a este respecto son la

⁵⁰ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., p. 259: “El art. 1738, en lo que de más específico tiene su *ratio*, nos aparece, en consecuencia, como una norma de protección de la confianza del mandatario (también como representante) que, indirectamente y como de rebote, opera un resultado protector también del tercero mientras no obste de su parte mala fe. A través, pues, de la protección del representante comprobamos la existencia de un nuevo modo de protección del tercero, distinto del normal y ordinario en que consiste el expediente de la representación aparente. La tutela del tercero transcurre normalmente por los cauces de la protección de la apariencia; excepcional e indirectamente se obtiene –no como fin, sino como resultado– mediante la protección de la confianza del representante. Se trata, quizá, de una peculiaridad debida al desdoblamiento que la representación supone. La protección de la confianza del representante implica la eficacia frente a terceros y contra el *dominus* de la actuación representativa”. En este mismo sentido puede verse a PÉREZ GONZÁLEZ, B., J. ALGUER, «Traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas», en ENNECCERUS, L., *Derecho civil. Parte general*, Tomo I, 2, Primera Parte, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 587-588; LACRUZ BERDEJO, J. L., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 3 (El Derecho subjetivo), Bosch, Barcelona, 1990, pp. 325-326; entre otros.

⁵¹ Lo defiende GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, cit., pp. 249-259.

⁵² No debe olvidarse que la existencia de un sistema de fuentes jerarquizado constituye un mecanismo esencial para la integración de las lagunas normativas. Lo subraya con meridiana claridad el maestro DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Volumen I, Tomo I, Civitas, Cizur-Menor, reimpresión de 2008, pp. 474 y 475: “Incorre en responsabilidad el Tribunal que rehúsa fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes, porque aunque no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, ni costumbre del lugar que aplicar, podrá siempre recurrir, en su defecto, a la fuente inagotable de los principios generales de Derecho. De este modo se resuelve, por medio de los principios generales, la cuestión de las lagunas del Derecho, e incluso en el caso que el juez se inhiba por tratarse de una cuestión no jurídica, lo hará basándose en una norma jurídica, el principio que delimite el campo de lo jurídico”.

buena o mala fe del tercero, así como del representante, dando así lugar a las siguientes situaciones y efectos: a) Si hay buena fe en el tercero, el contrato es eficaz y vinculará al representado haya habido buena o mala fe del representante; b) si hay además buena fe por parte del representante, el contrato será igualmente eficaz, aunque sin responsabilidad del *falsus procurator* (este es el preciso ámbito de aplicación del art. 1738 CC); c) si el representante actúa de mala fe, el tercero de buena fe podrá hacer valer el contrato frente al representado (representación aparente), o actuar frente al representante para exigirle la responsabilidad por los perjuicios que le haya producido (o incluso actuar frente a uno y otro, toda vez que las respectivas acciones no son incompatibles). En lo que a la protección de la apariencia representativa se refiere, pues, la única clave es la buena fe del tercero⁵³.

2.2. La génesis histórico-comparada del art. 1738 CC

Viene reiterándose que la génesis histórico-comparada del art. 1738 CC arroja muchas luces para la correcta comprensión de la verdadera *ratio* del precepto. El artífice de su redacción es GARCÍA GOYENA: el art.1628 de su Proyecto presenta una redacción idéntica. Es conocido el acusado afrancesamiento del Proyecto de 1851, de ahí que no deba extrañar que sean los arts. 2008 y 2009 del *Code* (que no han sufrido hasta la fecha ninguna modificación⁵⁴) los que dan origen al precepto que nos ocupa. Esto es, GARCÍA GOYENA refunde ambos preceptos franceses en un único artículo y “de aquellos polvos estos lodos”: aquí se origina la confusión que ha dado lugar a las dudas interpretativas que seguimos sin superar. Se entenderá acudiendo al tenor literal del *Code*:

El art. 2008 del *Code* dispone⁵⁵: “Si el mandatario ignora la muerte del mandante o alguna de las otras causas que dan lugar a la extinción del mandato, lo que haya hecho en esa ignorancia es válido”.

El art. 2009 del *Code*, por su parte, establece: “En los casos anteriores, los compromisos asumidos por el mandatario son oponibles a los terceros de buena fe”⁵⁶.

La interpretación que se hace de estos preceptos en Francia consiste en establecer que el art. 2008 del *Code* sanciona la validez de las actuaciones (sea cual sea su naturaleza) del mandatario que ignora la extinción del mandato, de forma que en el caso específico del fallecimiento del mandante vincularán a los herederos del mandante (en las mismas condiciones en que el mandatario comprometía en vida a su mandante)⁵⁷. Mientras que el art. 2009 del *Code* protege a

⁵³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, Cizur-Menor, 2013, pp. 119 y 120.

⁵⁴ Nótese que en tiempos recientes se ha dictado un Anteproyecto de reforma del Derecho de contratos especiales en Francia: *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, de julio de 2022, elaborado por una Comisión formada por universitarios y profesionales bajo la dirección del profesor Philippe Stoffel-Munck. El Anteproyecto puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.justice.gouv.fr/sites/default/files/migrations/textes/art_pix/avant_projet_commente_juil_let2022.pdf. Acerca de esta propuesta de reforma, puede consultarse el detallado análisis realizado en la obra VEIGA COPO, A. B., PAZOS CASTRO, R. (Directores), *La reforma francesa de los contratos especiales. Estudios a propósito del proyecto de la Comisión Philippe Stoffel-Munck*, Civitas, Cizur-Menor, 2024.

⁵⁵ Traducción realizada por el autor de este trabajo, la redacción original dice lo siguiente: “Si le mandataire ignore la mort du mandant ou l'une des autres causes qui font cesser le mandat, ce qu'il a fait dans cette ignorance est valide”.

⁵⁶ Traducción realizada por el autor de este trabajo, la redacción original dice lo siguiente: “Dans les cas ci-dessus, les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi”.

⁵⁷ LE TOURNEAU, P., «Mandat», en *Répertoire de Droit Civil*, Dalloz, Paris, 2025, para. 466.

los terceros que ignoran la extinción del mandato, de forma que en el caso del fallecimiento del mandato pueden exigir a los causahabientes del mandante el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el mandatario. En este último caso se destaca que nos encontramos ante una manifestación clara de la doctrina sobre el *mandat apparent*⁵⁸.

Se trata, en definitiva, de dos esferas de protección independientes: una dirigida al mandatario de buena fe (art. 2008 del *Code*) y otra al tercero de buena fe (art. 2009 del *Code*). Distinción que se desvanece, como se sabe, al integrarse ambos preceptos en el confuso art. 1738 CC.

Se ha visto que GORDILLO CAÑAS propone para superar las insuficiencias planteadas por la literalidad del art. 1738 CC en relación con los terceros de buena fe una interpretación analógica y extensiva del art. 1734 CC. En este punto, los precedentes franceses y la figura de GARCÍA GOYENA también juegan un papel crucial⁵⁹: en efecto, el art. 1734 CC (que trae causa del art. 1624 del Proyecto de 1851), se inspira en el art. 2005 del *Code*, si bien restringiendo el ámbito de aplicación a los casos en el mandato “se haya dado para contratar con determinadas personas”. El art. 2005 del *Code* dispone, por el contrario, que “la revocación notificada solo al mandatario no puede ser opuesta a los terceros que han tratado con él ignorando la revocación”⁶⁰. Esta limitación del alcance objetivo del art. 1734 CC frente a su homónimo del *Code* es la que dificulta aún más si cabe el panorama normativo español: no sólo bastaría una aplicación analógica del art. 1734 CC para lograr la protección autónoma del tercero de buena fe, sino que debe extenderse dicho precepto a todos los casos de mandato (más allá de aquellos celebrados para contratar con determinadas personas). GARCÍA GOYENA justifica la opción española en los términos siguientes:

“Para fundar el citado artículo francés se dice en el discurso 90: «Sin embargo, el mandato tiene frecuentemente por objeto el tratar con terceros. En tal caso no bastaría haber notificado la revocación a un mandatario poco delicado, quien, aunque perfectamente instruido de la cesación de sus poderes, la ocultaría a estos terceros y celebrarla con ellos contratos primitivamente autorizados por el mandato)».

Podría casi inferirse de este lenguaje que el artículo francés se limita al caso de haberse dado el mandato para tratar con personas ciertas y determinadas; pero su letra se resiste a esta interpretación, pues que habla generalmente de todo mandato y mandatario.

Yo tuve desde luego por dura y peligrosa esta innovación, contraria a la práctica observada inconcusamente entre nosotros, y que infelizmente se ha pretendido apoyar en la ley 12, párrafo 16 al fin, título 1, libro 17 del Digesto. *Quod si mandaveris exigendam pecuniam, deinde prohibuisti, exactamque recepisti, debitor liberabitur*.

Dejo a la consideración de todo hombre imparcial, si el caso y decisión de esta ley puede tener aplicación y servir de fundamento al artículo francés; *eamque recepisti*, dice la ley:

⁵⁸ LE TOURNEAU, P., «Mandat»..., *cit.*, para. 468.

⁵⁹ Lo subrayan con gran detalle GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, *cit.*, pp. 193 y 250; y ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo»..., *cit.*, pp. 6 y 7.

⁶⁰ Traducción tomada de GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV..., *cit.*, p. 53; la versión original del art. 2005 *Code* aún vigente es la siguiente: “La révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire”.

hay, pues, un hecho posterior o ratificación del primer mandato que deja sin efecto su revocación.

Todos los que nombran administradores saben que estos han de contratar con terceros, porque así lo exige la índole de la administración. ¿Cómo, pues, podrán hacer saber a todos la revocación de los poderes? ¿Avisándolo en los periódicos oficiales? ¿Haciéndola pública en el domicilio del administrador por edictos o pregones? Esto sería absurdo a la par que peligroso e inconveniente: otra cosa es cuando se da el poder para tratar con personas ciertas y determinadas, pues que tienen un fundamento especial en el mismo poder cuya revocación ha de ser fácil de poner en su noticia sin ningún inconveniente. Por estas consideraciones más se redactó el artículo tal como se halla”⁶¹.

Como se ha anticipado, entendemos que ante la existencia de un verdadero vacío normativo, toda vez que no existe un precepto que se ocupe específicamente de la protección del tercero de buena fe que contrata con un mandatario tras la extinción del mandato, la mejor solución consistirá en integrar dicha laguna en aplicación del principio general de protección de la apariencia dándose sus presupuestos esenciales (recuérdese, apariencia con implicación objetiva del *dominus*, colaboración del representante en la creación de la apariencia y buena fe del tercero).

Llegados a este punto resulta de gran interés evaluar si la realidad del Código Civil español es singular en el panorama comparado. Ya se ha destacado la singularidad del precepto en el conjunto del Ordenamiento español: el principio de protección de la apariencia (y su corolaria representación aparente) se deduce de un conjunto de normas que en distintas sedes e instituciones ofrecen protección al tercero que de buena fe confía en la apariencia, convirtiéndola en realidad (al margen del comportamiento de aquellos que propician la apariencia protegible). Cabe ahora determinar dicha peculiaridad en clave comparada que, de confirmarse, reforzará aún más si cabe lo injustificado de la interpretación clásica del art. 1738 CC.

3. La representación aparente en clave comparada: en particular, ante el caso de fallecimiento del mandante

Todo análisis comparado corre el riesgo evidente de incurrir en una excesiva simplificación y en cierta aleatoriedad en la selección de los sistemas que pretendan compararse. Haciéndonos cargo de esta contingencia y para tratar de superarla de alguna manera, es importante justificar los sistemas a los que se hará referencia con mayor detalle (ciertamente, los que suelen reputarse como los más representativos en el panorama europeo). Se aludirá al sistema francés por una razón ya evidenciada: en él se inspiran los preceptos del Código Civil en sede de mandato de los que se deduce el régimen jurídico aplicable a la representación. El sistema francés es además especialmente interesante en la materia que nos ocupa, toda vez que ha consagrado la doctrina sobre el “mandato aparente” en el nuevo art. 1156 del *Code* tras la reforma de 2016 (hasta entonces, de cuño estrictamente jurisprudencial-doctrinal). De la misma forma, es importante la referencia al Derecho alemán, artífices del mayor desarrollo dogmático en materia de representación, donde la doctrina sobre la representación aparente sigue siendo de cuño

⁶¹ GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV..., cit., p. 53. Nótese que se ha realizado una transcripción adaptada a las actuales reglas ortográficas del español.

jurisprudencial, si bien sobre la base de disposiciones específicas que afrontan problemas determinados (entre otros, precisamente el del fallecimiento del representado y la ultra-actividad del mandato). Por último, se hará alusión al Derecho inglés, donde existe un desarrollo jurisprudencial muy ilustrativo en materia de representación aparente con grandes dudas en relación con el supuesto específico que nos ocupa: el fallecimiento del mandante. Nótese que, al hilo del estudio más detallado de los sistemas enunciados, se harán referencias a otros sistemas análogos (a modo meramente ejemplificativo, sin entrar en mayores detalles que harían inabarcable el presente trabajo).

Para afrontar esta aproximación comparada se destacará una característica general compartida por todos los sistemas y se tratará de dar respuesta a dos grandes preguntas: a) ¿En qué casos (y con qué presupuestos) se protege al tercero de buena fe vinculándolo con el representado? b) Ante el supuesto del fallecimiento del representado, ¿se introducen reglas particulares?

Comenzando con la característica general compartida, puede afirmarse que todos los sistemas han desarrollado una doctrina sobre la representación aparente que, en aras de la protección del tráfico jurídico-económico, ofrecen protección al tercero de buena fe vinculándolo con el representado⁶². Además, en todos los sistemas la doctrina se ha originado en sede jurisprudencial. En algunos casos tal sigue siendo el caso y, en otras, ha pasado a positivizarse con ocasión de las reformas legislativas más recientes (así ha sucedido señaladamente de Francia⁶³, Holanda⁶⁴ y Bélgica⁶⁵).

Pasemos a la respuesta comparada de las distintas cuestiones esenciales indicadas.

3.1. ¿En qué casos (y con qué presupuestos) se protege al tercero de buena fe vinculándolo con el representado?

a. La respuesta del Derecho francés

En el caso de Francia, la doctrina del denominado *mandat apparent* se origina en la jurisprudencia francesa, para hacer frente a las insuficiencias planteadas por la regulación del *Code* para la protección integral del tercero de buena fe. En el *Code* originario, al igual que sigue sucediendo en España, únicamente existía una regulación del contrato de mandato y nada se decía acerca de la figura de la representación. Existían (y siguen existiendo) disposiciones particulares que ofrecen protección al tercero (señaladamente, los arts. 2005 -para el caso de revocación-, 2008 -de forma indirecta mediante la protección del mandatario de buena fe- y 2009 del *Code*, ya

⁶² Así lo destaca RADEMACHER, L., «Auhority of agents», en JANSEN, N., ZIMMERMANN, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 613.

⁶³ Con el ya mencionado art. 1156 del *Code*.

⁶⁴ Cfr. el art. 3: 61 (2) del CC holandés, en el que se dispone lo siguiente: “If a juridical act has been performed in the name of another person, then it is not possible towards the opposite party, who assumed and in the given circumstances reasonably could have assumed on the basis of a statement or the behaviour of that other person that an adequate authority for representation was granted, to appeal to the incorrectness of this assumption” (traducción al inglés obtenida de la web oficial <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook033.htm>; fecha de consulta: 5 de septiembre de 2025).

⁶⁵ Cfr. el art. 1. 8. § 5 del CC belga: “Le représenté est également lié par l’acte juridique accompli par un représentant sans pouvoir si l’apparence d’un pouvoir suffisant lui est imputable et si le tiers pouvait raisonnablement tenir pour vraie cette apparence dans les circonstances données. L’apparence est imputable au représenté si celui-ci a librement, par ses déclarations ou son comportement, même non fautifs, contribué à créer ou à entretenir l’apparence”.

analizados), aunque esta regulación se estimaba muy restrictiva y no ofrecía una respuesta general para los distintos casos planteados. En este contexto, la doctrina del mandato aparente surge para proteger a los terceros de buena fe que celebraban contratos con directores de sociedades mercantiles que actuaban extralimitándose de los poderes representativos efectivamente atribuidos en los estatutos. No se entendía razonable que los terceros tuvieran que hacer constantes indagaciones para comprobar los poderes específicos que ostentaran los respectivos directores de las sociedades con quienes contrataran⁶⁶.

A través de la doctrina del mandato aparente el representado queda vinculado con el tercero de buena fe, transformando la apariencia en realidad⁶⁷. Esta vinculación del representado se justificó originariamente como un supuesto de responsabilidad civil extracontractual basado en la culpa. Se exigía así que el representado hubiera contribuido con su comportamiento al error del tercero sobre la existencia del poder, sobre su extensión o sobre su pervivencia⁶⁸. Para apreciar la culpa del mandante se ha acudido a la forma en que se redactara el contrato: si se formulaba en términos excesivamente generales o ambiguos, o cuando el mandante otorgaba al agente una libertad de actuación prácticamente ilimitada, se le consideraba responsable frente a terceros, en la medida en que esa imprecisión podía inducir a creer que el representante ostentaba facultades de representación más amplias de las realmente conferidas. También se ha determinado la culpabilidad y consecuente responsabilidad del mandante cuando de manera encubierta restringe el poder de representación previamente conferido al mandatario. Igualmente, se ha estimado la responsabilidad del mandante en los casos de imprudencia: por ejemplo, en supuestos en los que se permitía al representante imitar su firma, cuando se tolerara que un empleado utilizara el nombre de la empresa para fines personales, o ante la falta de corrección de representantes que en variadas ocasiones se hubieran extralimitado de las facultades representativas atribuidas⁶⁹.

El criterio de la culpa no se ha abandonado del todo en Alemania (aunque hay muchas voces críticas con este planteamiento que se decantan por una configuración objetiva de la necesaria implicación del *dominus* basada en la teoría del riesgo)⁷⁰ y tampoco en Italia⁷¹.

Con el paso de los años la jurisprudencia francesa constató que el criterio de la culpa característico de la responsabilidad civil extracontractual dejaba desprotegido a los terceros en ausencia de esta. Se entendió que resultaba necesario ampliar la responsabilidad de los

⁶⁶ Lo relata SAINTIER, S., «Unauthorised agency in French law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 21 y 22.

⁶⁷ Como indica LE TOURNEAU, P., «Mandat»..., *cit.*, para. 3321. 131: «Le fait (l'apparence) crée le droit».

⁶⁸ GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente...*, *cit.*, p. 205.

⁶⁹ SAINTIER, S., «Unauthorised agency in French law»..., *cit.*, p. 24 y allí las referencias jurisprudenciales.

⁷⁰ RADEMACHER, L., «Authority of agents»..., *cit.*, p. 614, destaca que en Alemania sigue siendo el criterio de imputación de la responsabilidad del representado. SCHUBERT, C., «Comentario al § 167 BGB»..., *cit.*, para. 126, pone de manifiesto la existencia de voces discrepantes con el criterio de la culpa: «Rechtsscheintatbestände setzen – anders als die vertragliche und deliktische Haftung – an sich kein Verschulden voraus. Aus ihrer Gesamtschau ergibt sich, dass sie vor allem auf eine Risikosteigerung durch denjenigen reagieren, der mit den Folgen der Rechtsscheinhaftung belastet wird» (Los supuestos de apariencia jurídica no exigen, a diferencia de la responsabilidad contractual o extracontractual, la existencia de culpa por parte del sujeto. Del análisis conjunto de dichos supuestos se desprende que, fundamentalmente, responden a un incremento del riesgo imputable a aquel que ha de soportar las consecuencias de la responsabilidad por apariencia jurídica -traducción del autor-).

⁷¹ Cfr. GRAZIADEI, M., «Authority of agents», en VENEZIANO, A., ANTONIOLLI, L., *Principles of European Contract Law And Italian Law – A Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 156 y ss.

representados. Para no abandonar del todo el criterio de la culpa, se acudió en un primer momento al subterfugio de la responsabilidad por hecho ajeno: el mandante debía responder por haber hecho una elección equivocada del mandatario. Este planteamiento se criticó por considerarse forzado hasta llegar a la importante sentencia del Tribunal Supremo Francés de 13 de diciembre de 1962, donde por primera vez (y a partir de ahí, con carácter definitivo) se abandonó el criterio de la culpa. En el asunto en cuestión, el director de una entidad bancaria (constituida en forma de sociedad de responsabilidad limitada) suscribió un contrato con un tercero, en virtud del cual la entidad se comprometía a actuar como garante hasta un importe de 700.000 francos franceses. Cuando el tercero solicitó la ejecución de dicha garantía, la entidad bancaria rechazó toda obligación al respecto, alegando que su director carecía de facultades para vincularla jurídicamente. Los estatutos de la sociedad exigían de manera expresa la firma conjunta de dos apoderados con atribuciones específicas para asumir compromisos de esa naturaleza. Apoyándose en la doctrina consolidada del mandato aparente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la entidad sostuvo que, al no haberse producido por su parte actuación culposa alguna, ni mediado negligencia o imprudencia, no cabía imputarle la apariencia de poder que habría llevado al tercero a confiar en la existencia de facultades representativas por parte del director. El Tribunal Supremo francés rechazó las pretensiones de la entidad bancaria afirmando lo siguiente:

“El mandante puede quedar obligado sobre la base del mandato aparente, incluso en ausencia de culpa que pueda serle reprochada, si la creencia del tercero sobre el alcance de los poderes del mandatario es legítima, siendo esta legitimidad entendida como que las circunstancias autorizaban al tercero a no verificar los límites exactos de dicho poder”⁷².

A partir de este momento la doctrina del mandato aparente se consagró como una fuente autónoma de la responsabilidad del representado con base en la creencia legítima del tercero en el poder representativo del representante (único presupuesto exigible para accionar la doctrina del mandato aparente, que debe probarse por el propio tercero)⁷³. La mayor dificultad que entraña este planteamiento es la propia definición de lo que se entienda por “creencia legítima”⁷⁴. Es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción corresponde a los jueces y tribunales en atención a las circunstancias particulares de cada caso. La inseguridad, pues, está servida; aunque difícilmente cabe superarla por completo en una materia que, por su propia naturaleza, está necesariamente abocada al casuismo. La construcción dogmática detallada de los distintos elementos que conformen la representación aparente, cual manifestación específica del principio de la protección de la apariencia, no escapan al inevitable casuismo -ni logran anticipar un resultado siempre predecible. En la práctica jurisprudencial francesa son distintos

⁷² Traducción realizada por el autor de este trabajo; la redacción original es la siguiente: “Attendu que le mandant peut être engagé sur le fondement du mandat apparent, même en l’absence d’une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l’étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ce pouvoir”.

⁷³ La doctrina del mandato aparente pasó a reputarse desde ese momento, como indica como indica LE TOURNEAU, P., «Mandat», *cit.*, para. 3321. 132, una “source indépendante d’obligation”. No obstante, el propio autor subraya que se ha puesto en cuestión esta tesis, de modo que en tiempos recientes se reconduce a la calificación como un supuesto de cuasi-contrato (LE TOURNEAU, P., «Mandat»..., *cit.*, para. 3321. 134): “Aussi, est-il bien préférable de voir ici un quasi-contrat. En effet, le mandant est lié sans l’avoir voulu (en raison de la croyance légitime du tiers), et ce par des liens contractuels. C’est bien la définition du quasi-contrat”.

⁷⁴ SAINTIER, S., «Unauthorised agency in French law»..., *cit.*, p. 26.

los elementos que a este respecto se toman en consideración: el estatus del tercero (en función de que sea o un profesional del sector en que produzca la contratación, su nivel formativo, etc.), las circunstancias relativas al representante aparente (de nuevo, si es o no profesional, qué categoría -abogados, notarios- para determinar si realmente inspiran confianza en su condición de representantes), la naturaleza de los poderes que ostente el representante (si no son habituales para el cargo que desempeñan, se descartará la existencia de creencia legítima), las particulares características del representado y aquellas del contrato que se haya celebrado (cuantía en juego, en función de que implique actos de administración o disposición, etc.)⁷⁵.

Estas incertezas planteadas por la noción de “creencia legítima” han provocado divergencias importantes en la evolución jurisprudencial francesa posterior a la sentencia de 1962. En un primer momento se identificó con la prueba del denominado “error común”, lo que supuso restringir enormemente el alcance de la doctrina sobre el mandato aparente. Así puede verse en la Sentencia del Tribunal Supremo francés de 30 de noviembre de 1965, en la que se niega protección a los compradores de una finca por un matrimonio de granjeros que celebraron una compraventa con el representante aparente de la propietaria (para la que venían trabajando los compradores), notario de su confianza. Se entendió que los compradores no habían demostrado que su ignorancia se basara en un “error común” que debía ser “verosímil y excusable”. Los comentaristas achacaron este planteamiento a la mayor diligencia exigible en relación con los actos de disposición. La exigencia de error común se abandonó poco después, con distintas sentencias del Tribunal Supremo francés de 1969⁷⁶. A partir de ese momento la doctrina del mandato aparente se amplió incluso a los casos de absoluta inexistencia de poder (hasta entonces, se aplicaba a supuestos de extralimitación del poder atribuido).

Con la reforma del Derecho de obligaciones de Francia del año 2016, la doctrina del mandato aparente basada en la figura de la creencia legítima se incorporó al nuevo art. 1156 del *Code Civil*⁷⁷ en los términos siguientes:

“El acto realizado por un representante sin poder o que exceda sus poderes no es oponible al representado, salvo si el tercero contratante creyó legítimamente en la existencia de los poderes del representante, en particular en razón del comportamiento o de las declaraciones del representado.

Cuando ignoraba que el acto había sido realizado por un representante sin poder o que excedía sus poderes, el tercero contratante puede invocar su nulidad.

Ni la inoponibilidad ni la nulidad del acto podrán ser invocadas una vez que el representado lo haya ratificado”⁷⁸.

⁷⁵ Para un análisis pormenorizado del conjunto de circunstancias con las que se ha delimitado la noción de creencia legítima en la jurisprudencia francesa cfr. SAINTIER, S., «Unauthorised agency in French law»..., *cit.*, pp. 31-42.

⁷⁶ Se trata de las sentencias de 29 de abril de 1969 reseñadas por SAINTIER, S., «Unauthorised agency in French law»..., *cit.*, p. 28 y allí mayores referencias; aunque curiosamente en ninguna de esas sentencias llegó a estimarse la creencia legítima del tercero.

⁷⁷ Introducido por el art. 2 de la *Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016*.

⁷⁸ Traducción realizada por el autor del trabajo, la versión original del precepto es la siguiente: “L’acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté. Lorsqu’il ignorait que l’acte était accompli par un représentant sans pouvoir

A pesar de su positivización, en tiempos recientes suele predicarse un alcance muy limitado de la doctrina sobre el mandato aparente. Son varios los motivos que llevan a esta apreciación⁷⁹: la multiplicidad de reformas legislativas que regulan los actos representativos, donde se ofrece una protección particular a los terceros que confían en la apariencia; el nuevo art. 1158 del *Code* (también introducido con la reforma de 2016), en el que se habilita al tercero que dude de la extensión del poder del representante a solicitar por escrito al representado que le confirme si el representante está facultado para concluir dicho acto⁸⁰; y la propia evolución jurisprudencial en la que a partir de 2008 ha negado que el mandato aparente pueda oponerse a una norma imperativa (en el caso en particular, una regla imperativa en la que se establecía que los agentes inmobiliarios debían estar apoderados por escrito)⁸¹.

b. La respuesta del Derecho alemán

Alemania, como es sabido, es la cuna del mayor desarrollo dogmático experimentado acerca de la figura de la representación. No es de extrañar, como se ha destacado, que ya en la redacción originaria del BGB se destinara una sección específica a la regulación autónoma de la representación. Ahora bien, no existe una regulación particular de la representación aparente, sino preceptos particulares que constituyen una manifestación de la misma⁸². El origen de la denominada “*Anscheinsvollmacht*” es jurisprudencial (con base en el desarrollo doctrinal llevado a cabo sobre el particular). La doctrina sobre la representación aparente se distingue de la “*Duldungsvollmacht*”, que puede traducirse como “poder de representación tolerado”. Ambas categorías responden al principio de protección de la apariencia (*Rechtsscheingrundsatz*) y tratan de proteger al tercero de buena fe que confía en la apariencia de representación, dando por válida la relación contractual entablada por medio de la actuación representativa aparente entre el tercero y el representado. No obstante, presentan perfiles diferenciados que determinan su operatividad en distintos supuestos.

La *Duldungsvollmacht* exige que el representado, conociendo que un tercero actúa en su nombre, omite voluntariamente impedirlo, de tal forma que un tercero de buena fe pueda legítimamente asumir que existe un poder de representación válido. Incluso una mera actuación en la que el representado tolerara conscientemente⁸³, por ejemplo, que un empleado actuara en su nombre

ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité. L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié”.

⁷⁹ Los destaca LE TOURNEAU, P., «Mandat»..., *cit.*, para. 3321. 133.

⁸⁰ El nuevo art. 1158 dispone lo siguiente: “Le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte. L'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte”.

⁸¹ Se trata de la Sentencia de 31 de enero de 2008, aludida por LE TOURNEAU, P., «Mandat»..., *cit.*, para. 3321. 133, y allí mayores referencias.

⁸² Fundamentalmente los §§ 170-173 del BGB; que cabe complementar para la construcción de la doctrina de la representación aparente con los arts. 370 y 56 del Código de Comercio alemán (HGB).

⁸³ La jurisprudencia alemana no es unánime sobre el particular, de modo que se encuentran pronunciamientos en los que se exige que la tolerancia por el representado se prolongue en el tiempo: cfr. la Sentencia del BGH de 2004 citada por SCHMIDT-KESSEL, M y BAIDE, A., «Unauthorised agency in German law»..., *cit.*, p. 115 (BGH NJW 2004, 2745, 2746-47), en la que así se exige: “A *Duldungsvollmacht* only takes place if the principal tolerates knowingly and normally for an extended period of time – that another person without an authority given to them acted as an agent, and that the third party understands, and may by good faith understand, that that other person is authorised as an agent” -traducción al inglés realizada por el propio autor-.

sin poder suficiente, puede bastar para fundar una representación tolerada en relación con un contrato posterior. Asimismo, se requiere que el tercero haya confiado efectivamente en la existencia del poder de representación, y que exista una relación de causalidad directa entre dicha confianza y la conclusión del negocio jurídico. Si estos requisitos se cumplen en el momento de la celebración del acto, el representado quedará vinculado.

La *Anscheinsvollmacht*, por su parte, no deriva de una omisión consciente del representado, sino del desconocimiento negligente de que alguien actúa en su nombre. Para que opere esta figura, es preciso que: a) una persona sin poder actúe en nombre del representado; b) que el representado ignore dicha actuación por negligencia; y c) que hubiera podido prevenirla si hubiese actuado con la diligencia exigible. La configuración de esta figura exige que el representado haya incumplido un deber de cuidado, y, a diferencia de la representación tolerada, se requiere una actuación reiterada del falso representante en nombre del representado. Por ejemplo, un empleado no autorizado que utiliza un papel timbrado oficial de la empresa para concluir repetidamente contratos con un tercero puede llegar a vincular a su empleador si este no establece controles suficientes sobre la actividad de sus empleados, siempre que tales controles hubiesen permitido evitar la actuación indebida. Es esencial, al igual que en la representación tolerada, que el tercero haya confiado de buena fe en la existencia del poder (en términos excusables, de forma que no lo será si debía saber que no existía poder de representación) y que exista nexo causal entre esa confianza y la conclusión del contrato⁸⁴.

La clave en la distinción de ambas figuras (ciertamente sutil y no siempre clara en la práctica⁸⁵) es el conocimiento por el representado de la actuación representativa del *falsus procurator*: si se desconoce por completo estaremos en la esfera de la *Anscheinsvollmacht* y en caso contrario (por tolerancia negligente del *dominus*) se tratará de una *Duldungsvollmacht*⁸⁶. En el caso de la *Anscheinsvollmacht*, la apariencia jurídica imputable al representado es mucho más débil, al estar basado en la ignorancia de la actuación del representante⁸⁷. El efecto que se conseguirá en relación con el tercero de buena fe en aplicación de ambas figuras será idéntico⁸⁸, al margen de las discusiones existentes acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad del representado en cada uno de los casos (de las que sí se derivan determinadas consecuencias jurídicas cuyo análisis detallado excedería de los límites de este trabajo, relacionadas con la posibilidad de anulación del vínculo ocasionado por la representación tolerada o aparente⁸⁹). Ya se ha anticipado que en el específico caso de la representación aparente el criterio de la culpa no se ha llegado a abandonar (al menos, no de forma unánime y decisiva como en Francia). De hecho, se estima que la *Anscheinsvollmacht* puede subsumirse en la categoría general de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo* sancionada tras la reforma alemana del Derecho de

⁸⁴ WAIS, H., «Comentario al § 172 BGB», en DANNEMANN, G., SCHULZE, R., *German Civil Code (BGB) - Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck-Nomos, München, 2020, p. 230.

⁸⁵ La distinción se dificulta aún más si cabe en la práctica jurisprudencial, ya que el Tribunal Federal Supremo alemán (BGH) considera suficiente para una declaración de voluntad que el declarante tenga una conciencia declarativa potencial, es decir, que pudiera y debiera reconocer que su actuación tiene relevancia jurídica. En consecuencia, existe un poder tácito cuando el representado tolera de forma reconocible la actuación del representante. Así lo apunta con mayores referencias SCHUBERT, C., «Comentario al § 167 BGB»..., *cit.*, para. 103.

⁸⁶ SCHMIDT-KESSEL, M y BAIDE, A., «Unauthorised agency in German law»..., *cit.*, p. 115.

⁸⁷ SCHUBERT, C., «Comentario al § 167 BGB»..., *cit.*, para. 108.

⁸⁸ Lo destaca acertadamente GORDILLO CAÑAS, A., *La representación aparente*..., *cit.*, p. 165.

⁸⁹ Sobre esta cuestión cfr. SCHMIDT-KESSEL, M y BAIDE, A., «Unauthorised agency in German law»..., *cit.*, pp. 116 y ss.

obligaciones de 2002 (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*) en el § 311 (2) del BGB⁹⁰. También se ha apelado al fundamento de la responsabilidad por el propio comportamiento (*Vertrauenshaftung*)⁹¹. Esto explica que la apariencia representativa deba derivar, en principio, de las palabras o del comportamiento del representado. Se exige cierta intervención de su voluntad (expresa, o implícita), contrastando así con el planteamiento puramente objetivo basado en la mera creencia legítima incorporado al Derecho francés. No obstante, la práctica jurisprudencial alemana demuestra que el ámbito de protección del tercero se ha extendido más allá con una clara tendencia al objetivar la imputabilidad del representado⁹².

c. La respuesta del Derecho inglés

Por lo que respecta al Derecho inglés, la doctrina de la representación aparente, también de origen jurisprudencial, se denomina “*apparent authority*” (también conocida como “*ostensible authority*”)⁹³. La doctrina se aplica cuando una persona permite: que otro sujeto actúe como su representante sin serlo, que el representante actúe con un poder superior al que realmente tiene; también cuando se limita el poder del representante sin informar al respecto al tercero, o cuando no se impide que el representante siga actuando como tal cuando su poder de representación ha cesado. El tercero que confía en esta situación de apariencia representativa se verá protegido.

Los presupuestos que deben darse para que opere la doctrina de la representación aparente en Inglaterra se han desarrollado con mucho detalle. Antes de exponerlos resumidamente, merece la pena reproducir la definición de “*apparent authority*” ofrecido en el *leading case Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* en la materia por Lord Diplock:

“Es una relación jurídica entre el representado (*principal*) y el tercero (*contractor*) creada por una manifestación realizada por el representado al tercero, destinada a ser, y de hecho siendo, tenida en cuenta por este último, según la cual el representante (*agent*) tiene facultades para celebrar, en nombre del representado, un contrato del tipo comprendido dentro del ámbito de dicha representación “aparente”, de tal manera que se hace al representado responsable del cumplimiento de cualesquiera obligaciones que le imponga dicho contrato. En la relación así constituida, el representante es un tercero ajeno. No es necesario que tenga conocimiento (aunque generalmente lo tiene) de la existencia de la representación, pero no debe aparentar celebrar el contrato en nombre propio, como si él fuera el representado. La representación, cuando es tenida en cuenta por el contratante al celebrar el contrato con el representante, opera como un *estoppel*,

⁹⁰ Así lo defienden SCHMIDT-KESSEL, M y BAIDE, A., «Unauthorised agency in German law»..., *cit.*, pp. 119 y 120, contrastando los presupuestos de la responsabilidad precontractual en relación con la doctrina sobre la representación aparente.

⁹¹ Esta fue la posición defendida en la célebre obra de CANARIS, C. W., *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, Beck-Verlag, München, 1971, particularmente en las pp. 32 y ss.; 134 y ss.; en la que defendía la idea de la responsabilidad por el propio comportamiento como principio general del Ordenamiento alemán.

⁹² Esta es una tendencia común en todos los sistemas que parten de esquemas culpabilísticos en la construcción de la responsabilidad del representado en aplicación de la representación aparente; lo apuntan BUSCH, D., MACGREGOR, L., «Comparative law evaluation», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 396.

⁹³ El *leading case* con el que se originó la doctrina de la representación aparente en Inglaterra es *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd* [1964] 2 Q.B. 480, cita tomada de WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency*..., *cit.*, p. 364.

impidiendo al representado alegar que no está vinculado por el contrato. Es irrelevante que el representante tuviera o no poder real para celebrar dicho contrato”⁹⁴.

Partiendo de este caso, la doctrina de la representación aparente se ha desarrollado jurisprudencial y doctrinalmente en Inglaterra, de forma que sus presupuestos esenciales vienen a ser resumidamente los siguientes:

a) Debe haberse producido una manifestación (*representation*) por parte del representado (ya sea por palabras, o conducta) que permita al tercero razonablemente concluir que el representante estaba facultado para actuar en su nombre. Esta manifestación puede ser explícita o implícita, como sucede cuando el representado coloca al falso representante en una posición que normalmente conlleva ciertos poderes de representación⁹⁵. También puede derivarse de un comportamiento repetido (*course of dealing*), especialmente cuando hay ratificación constante de actos anteriores.

b) La apariencia representativa debe proceder de una manifestación operada por el representado, no por el representante. Una declaración del representante acerca de su propio poder no basta por sí sola para generar una apariencia protegible, a menos que la conducta del representado refuerce la razonabilidad de tal creencia por parte del tercero⁹⁶. Ello no quiere decir que el representado deba participar en la delimitación exacta del contenido del poder aparente⁹⁷. Por

⁹⁴ Traducción realizada por el autor de este trabajo; la redacción original del pasaje jurisprudencial es la siguiente: “An «apparent» or «ostensible» authority [...] is a legal relationship between the principal and the contractor created by a representation, made by the principal to the contractor, intended to be and in fact acted upon by the contractor, that the agent has authority to enter on behalf of the principal into a contract of a kind within the scope of the «apparent» authority, so as to render the principal liable to perform any obligations imposed upon him by such contract. To the relationship so created the agent is a stranger. He need not be (although he generally is) aware of the existence of the representation but he must not purport to make the agreement as principal himself. The representation, when acted upon by the contractor by entering into a contract with the agent, operates as an estoppel, preventing the principal from asserting that he is not bound by the contract. It is irrelevant whether the agent had actual authority to enter into the contract”.

⁹⁵ WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency...*, cit., p. 366, destaca que hay dos grandes categorías de casos englobadas dentro de la doctrina de la representación aparente: supuestos de “genuina” representación aparente, derivados de una declaración oral o escrita del representado, o de su comportamiento (permitiendo al representante actuar de una determinada manera); y casos que la apariencia se deduce de la posición que se atribuye al representante (haciéndolo socio, designándolo como director operativo, haciendo uso de los servicios de un representante profesional, etc.), que suele llevar aparejada funciones representativas.

⁹⁶ WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency...*, cit., p. 366, destaca a este respecto: “It is usually said that a representation by the agent himself that he has authority cannot create apparent authority in him, unless the principal can be regarded as having in some way instigated or permitted it, or put the agent in a position where he appears to be authorised to make it”.

⁹⁷ Conforme a este planteamiento existen sentencias inglesas que se han extendido extraordinariamente (lo cual ha sido objeto de crítica) la doctrina de la representación aparente. Así puede verse en el caso del *Court of Appeal*, de *First Energy (UK) Ltd v. Hungarian International Bank Ltd* [1993] 2 Lloyd’s Rep 194, citado por CHENG-HAN, T., «Unauthorised agency in English law»..., cit., p. 190 y allí mayores referencias. Una entidad mercantil solicitó financiación y entabló negociaciones con una entidad bancaria. Durante todo el proceso, el interlocutor fue el director de una sucursal local, quien manifestó expresamente que carecía de facultades para aprobar créditos, sin que ninguna otra persona del banco lo presentase como autorizado para ello. A pesar de la entrega de una carta de condiciones por parte de la entidad bancaria, el contrato no se perfeccionó, al estipularse expresamente que solo surtiría efecto si era firmado y devuelto por el banco, lo cual no se produjo. Sin embargo, sí se alcanzó un acuerdo vinculante respecto a un proyecto específico. Posteriormente, se remitieron nuevos acuerdos relativos a otros proyectos, que fueron firmados por la entidad solicitante y enviados al banco. La entidad bancaria cambió entonces de postura y decidió retirarse, dejando sin financiación a la parte demandante, que interpuso una demanda. El tribunal consideró que, aunque no existía representación real ni aparente para contratar por parte

ejemplo, si se indica a un tercero que un determinado sujeto ha sido designado como representante para negociar un contrato y es el propio representante el que le especifica los parámetros de la negociación, la actuación vinculará al representado, aunque no se ajuste al poder efectivamente conferido por el representado⁹⁸.

c) Con carácter general, la manifestación que dé lugar a la apariencia representativa debe referirse a hechos y no a cuestiones de Derecho.

d) El tercero debe haber actuado con base en la apariencia representativa. Si no tiene conocimiento de ella, o actúa como si el representante fuese la parte directamente contratante, no puede invocar la doctrina de la representación aparente.

e) No es necesario que la confianza en la apariencia haya causado un perjuicio directo al tercero, pero sí que haya existido una actuación sobre la base de dicha apariencia. No se protege al tercero que ignoró señales de advertencia claras, que tuvo ocasión de verificar el poder representativo y no lo hizo, o que actuó de forma deshonesto o con negligencia grave.

f) La doctrina puede aplicarse incluso en casos de fraude o falsificación por parte del representante, siempre que el tercero no tenga conocimiento de ello y los actos se produzcan dentro del marco del poder aparente que el representante parecía tener.

g) El poder que se considera aparente es el que el tercero razonablemente pudo entender conferido al representante, atendiendo a las manifestaciones del representado, al contexto del caso y al poder que habitualmente se asocia a una posición como la ocupada por el representante.

h) Finalmente, un presupuesto esencial es la buena fe del tercero⁹⁹: la confianza depositada en la apariencia representativa no se verá protegida si se debe a una actuación deshonesto, irracional o basada en una “ignorancia voluntaria” (*willful blindness*). Se trata, por tanto, de una buena fe identificada con una ignorancia excusable, con la exigencia de un grado de diligencia medio por parte del tercero a proteger¹⁰⁰.

Como puede constatar, los pilares esenciales para la operatividad de la representación aparente en Inglaterra son semejantes a los de Francia y Alemania, siendo más próximos a Alemania en lo que respecta a la imputabilidad del representado. En efecto, se hace mucho hincapié en la jurisprudencia y doctrina inglesas en la participación del *dominus* en la generación de la situación de apariencia protegible. Se dice que esta exigencia evita los excesos a que pueda dar lugar la doctrina de la representación aparente, toda vez que su aplicación está ligada en última instancia a los actos voluntarios llevados a cabo por el *dominus*, aunque no sea del todo consciente de las posibles consecuencias jurídicas que de ellos pueda derivarse¹⁰¹. Sea como fuere, es indudable que el alcance de la doctrina sobre la representación aparente también tiende

del interlocutor, si existía representación aparente para comunicar que la aprobación había sido otorgada por los órganos competentes. Por ello, se consideró que la entidad bancaria quedaba jurídicamente obligada.

⁹⁸ CHENG-HAN, T., «Unauthorised agency in English law»..., *cit.*, p. 190.

⁹⁹ En el caso del *House of Lords* de *Criterion Properties plc v. Stratford UK Properties LLC* [2004] 1 WLR 1846 at 1856, Lord Scott afirmó: “[A]pparent authority can only be relied upon by someone who does not know that the agent lacked authority”. Cita tomada de CHENG-HAN, T., «Unauthorised agency in English law»..., *cit.*, p. 192.

¹⁰⁰ Los presupuestos de la doctrina sobre la “apparent authority” se desarrollan ampliamente en BALE, H. G. (Editor), *Chitty on Contracts*..., *cit.*, pp. 38-41.

¹⁰¹ CHENG-HAN, T., «Unauthorised agency in English law»..., *cit.*, p. 189.

a objetivarse en Inglaterra, tal y como demuestra clarísimamente el supuesto de fraude o falsificación del representante, donde se llega a consagrar la protección del tercero, siempre que la actuación fraudulenta se haya producido “dentro del marco del poder aparente” del representante (se está apelando más bien a una teoría de la esfera del riesgo que debe asumir el representado en estos casos). Esta idea choca frontalmente con la imputación del *dominus* en un planteamiento donde su voluntad sea determinante; de hecho, suele rechazarse por la mejor doctrina alemana¹⁰².

Más allá de lo anterior, sí existe una gran singularidad planteada por la doctrina de la representación aparente en Derecho inglés por lo que respecta a sus efectos. Mayoritariamente se defiende que la doctrina de la representación aparente, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, es una manifestación del principio del *estoppel*¹⁰³ (así se estableció precisamente en el *leading case* narrado con el que se origine la representación aparente en Derecho inglés). Ello provoca que el tercero quedará vinculado con el representado, aunque este último no podrá apoyarse en la representación aparente para dirigir una reclamación al tercero. Esto es, la apariencia se convierte en realidad únicamente frente al tercero protegido, no frente al representado. No puede decirse que el efecto de la representación aparente, como sucede en la generalidad de los Derechos continentales¹⁰⁴, sea la convalidación plena de un contrato que de otra forma carecería de eficacia. Ahora bien, conforme al Derecho inglés el representado sí podrá dirigir una reclamación basada en su relación contractual con el tercero si la ratifica. Con ello se minimizan, a efectos prácticos, las consecuencias derivadas de la aplicación rigurosa de la doctrina del *estoppel*, particularmente porque llega incluso a admitirse la ratificación tácita (que puede deducirse del hecho en sí de interponer una demanda reconvenicional frente al tercero). La plena comprensión de cuanto acaba de plantearse exige desarrollar en mayor medida la doctrina del *estoppel* en Derecho inglés, así como algunas dificultades que plantea en su conexión con la representación aparente.

Lord Denning MR caracterizó el *estoppel* no como una mera regla de prueba ni como una acción autónoma, sino como un principio general de justicia y equidad, aplicable cuando una persona, mediante su conducta o sus declaraciones, induce razonablemente a otra a creer en la existencia de una determinada situación jurídica o fáctica. En tales casos, resulta inadmisibles que aquél

¹⁰² Cfr. CANARIS, C. W., *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht...*, cit., pp. 487-488, donde sostiene que no debe cargarse al *dominus* con el riesgo de falsificación, ya que no lo domina el firmante.

¹⁰³ Cfr. BEATSON, J., BURROWS, A., CARWRIGHT, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 31ª Edición, p. 685: “This doctrine of apparent authority, or ostensible authority as it is usually called, is really an application of the principle of estoppel, for estoppel means only that a person is not permitted to resist an inference which can reasonably be drawn from that person's words or conduct”.

¹⁰⁴ Salvo en el caso particular de Holanda, donde se adopta una posición intermedia ciertamente peculiar, conforme a la cual se sostiene que es únicamente el tercero el que puede invocar la doctrina de la representación aparente. El tercero tiene la facultad, pero no la obligación, de invocar la existencia de una representación aparente. No obstante, en la práctica se entiende que el tercero puede estar vinculado por los principios de razonabilidad y equidad, lo que implicaría la exigencia de aceptar los efectos del negocio celebrado por el representante sin poder cuando resulta evidente que el representado desea mantener la validez del acto jurídico no autorizado. Ahora bien, una vez que el tercero invoca con éxito la representación aparente, tanto el principal como el tercero quedan vinculados recíprocamente por el contrato celebrado por el agente sin poder, sin que puedan negar su validez. De ello se sigue que el principal no solo queda obligado por el contrato, sino que también adquiere legitimación para ejercer acciones frente al tercero con base en ese mismo contrato. Así lo subraya BUSCH, D., MACGREGOR, L., «Comparative law evaluation»..., cit., pp. 393 y 394. Sobre mayores detalles acerca del sistema holandés puede verse sobre el particular, BUSCH, D., «Unauthorised agency in Dutch law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 142-144.

contradiga posteriormente esa apariencia creada, cuando ello supondría un perjuicio injusto o contrario a la equidad para quien confió en ella. Aunque la doctrina del *estoppel* ha evolucionado en distintos ámbitos del Derecho, para los fines de la teoría de la representación aparente es suficiente señalar que, si bien no puede constituir por sí misma una causa de acción, puede operar como un instrumento de defensa eficaz, en tanto impide a una parte negar o probar hechos incompatibles con sus manifestaciones anteriores.

Frente a esta concepción de la representación aparente basada en el *estoppel*, emerge como alternativa teórica la denominada teoría objetiva de la representación, según la cual, de modo análogo a lo que ocurre con la responsabilidad contractual basada en promesas voluntarias, la vinculación del representado en virtud de actos celebrados por su representante se basa en las manifestaciones externas que él mismo ha realizado frente a terceros, y no en su voluntad interna. Mientras que el modelo del *estoppel* ha alcanzado una posición dominante en los sistemas de *common law* británico y de buena parte de la *Commonwealth*, la teoría objetiva encuentra mayor acogida en el Derecho estadounidense¹⁰⁵.

La elección entre uno u otro enfoque sí presenta importantes implicaciones prácticas. Si se adopta la teoría del *estoppel* como fundamento exclusivo de la representación aparente, como se ha anticipado, el representado solo podrá beneficiarse de los actos no autorizados de su representante mediante una ratificación expresa, ya que no puede fundar una pretensión en el *estoppel*. En cambio, si se acepta la teoría objetiva, la vinculación nace de las manifestaciones externas del representado, y la ratificación no resulta imprescindible, pues las consecuencias jurídicas se derivan directamente de la apariencia creada.

La teoría del *estoppel* como base de la representación aparente ha sido objeto de dos objeciones doctrinales principales. En primer lugar, se argumenta que el *estoppel* exige, como requisito esencial, una alteración en la posición jurídica del tercero motivada por la confianza legítima en una manifestación del representado. Esa confianza impide posteriormente al representado contradecir la apariencia que él mismo generó. No obstante, en el ámbito de la representación aparente, esa alteración en la posición del tercero puede ser mínima o incluso inexistente. Así, por ejemplo, en el caso de un contrato aún no ejecutado (*executory contract*), se ha sostenido que la modificación de la posición jurídica del tercero no alcanza entidad suficiente, en tanto el contrato no ha llegado a cumplirse y el tercero no ha sufrido perjuicio alguno¹⁰⁶. En tales

¹⁰⁵ Cfr. el Restatement (Third) on Agency de EEUU, §§ 6.01, 6.02. Sobre el particular, puede verse con más detalle la explicación de DEMOTT, D. A., «The Restatement (Third) of Agency and the unauthorised agent in US law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 229, haciendo hincapié en que constituye una regla establecida por el Restatement of Agency en su primera y segunda edición: “When an agent acting with apparent authority commits a principal to a contract, Restatement (Third), like Restatement (Second), equates the consequences for the principal to those that follow when an agent acts with actual authority. This stems from the long tradition embodied in the Restatements of crisp demarcation between apparent authority and estoppel as distinct bases for attribution. Thus, the principal (but not the agent, unless the agent and the third party so agree) becomes a party to the contract and may assert contractual rights against the third party, which also becomes a party to the transaction. It is not necessary for the principal separately to establish ratification of the agent’s action. Likewise, the third party’s remedies against the principal are not limited to reliance losses”.

¹⁰⁶ CHENG-HAN, T., «Unauthorised agency in English law»..., *cit.*, p. 197, rebate estas dificultades planteadas en relación con la doctrina del *estoppel* de los contratos pendientes de ejecución: “[T]here is no reason why the fact that the contract is executory should prevent an estoppel from arising. In any event, there will at least be a good many cases where the third party, by entering into the contract with the agent, has foregone another opportunity, thereby incurring a loss if the contract (though still executory) is not given effect.”

circunstancias, el tercero no quedaría vinculado ni podría invocar el *estoppel* como mecanismo de protección¹⁰⁷.

En segundo lugar, se objeta que la doctrina sobre la representación aparente admite supuestos que presentan un difícil encaje con las bases del *estoppel*. En particular, las manifestaciones genéricas consistentes en la atribución al representante de una posición que lleve aparejada de ordinario facultades representativas. En estos casos, la idea de una manifestación expresa dirigida al tercero adquiere un carácter más artificial, y resulta más difícil sostener una conexión clara entre la responsabilidad del representado y la doctrina del *estoppel*. En efecto, en esta categoría de supuestos, la representación que el tercero estaría legitimado a inferir no proviene de una manifestación externa del principal, sino que se deduce de lo que, en términos generales, cabría presumir como inherente a la relación típica entre principal y agente. Es más, el tercero puede no tener conocimiento alguno acerca del contenido o límites de ese poder típicamente atribuido¹⁰⁸. Desde esta perspectiva, la protección del tercero razonable queda sensiblemente reducida, pues su confianza legítima no se basa en una manifestación clara y concreta del principal, sino en una inferencia abstracta sobre el poder habitualmente asociado al cargo que ostenta el supuesto representante¹⁰⁹.

Al margen de estas objeciones, en aplicación de la doctrina del *estoppel*, siempre cabe que el representado ratifique la actuación del *falsus procurator* para poder dirigir una reclamación al tercero amparada en el contrato celebrado en el marco de la representación aparente. Desde un punto de vista práctico, como se ha advertido, la ratificación se facilita enormemente, ya que puede inferirse de la propia interposición por el *dominus* de una demanda reconventional en el proceso: implicaría una aceptación tácita del negocio inicialmente celebrado sin poder suficiente¹¹⁰.

La configuración de la representación aparente sobre la base del *estoppel* también se acoge en Escocia, Sudáfrica, así como en los *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* de 2004 (*PICC*)¹¹¹.

Así las cosas, puede constatarse que en los distintos sistemas tratados rige una doctrina sobre la representación aparente en la que se proporciona protección al tercero que de buena fe confía en la apariencia de representación que, con diferencias atinentes a la delimitación de la

¹⁰⁷ CHENG-HAN, T., «Unauthorised agency in English law»..., *cit.*, p. 196.

¹⁰⁸ Es lo que sucedió en particular en relación con las facultades que suelen corresponder a un “director de sucursal” de una entidad aseguradora en el caso *British Bank of the Middle East v. Sun Life Insurance Co. of Canada (U.K.) Ltd* [1983] 2 Lloyd’s Rep. 9, HL, citado por WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency*..., *cit.*, p. 367, nota n. 64.

¹⁰⁹ WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency*..., *cit.*, p. 367. CHENG-HAN, T. «Unauthorised agency in English law»..., *cit.*, p. 198, vuelve a rebatir esta segunda objeción planteada en relación con la doctrina del *estoppel*: “As to the fact that the representation is permitted to be very general, it has to be said that if an agent can have implied actual authority by virtue of being appointed to a particular position, there is no reason why such an act cannot amount to a sufficiently unequivocal representation which would support an estoppel. [...] The doctrine of estoppel is one of the most flexible and useful in the armoury of the law and that the various types of estoppel are governed by a general principle, namely that when the parties to a transaction proceed on the basis of an underlying assumption engendered by the other, neither of them will be allowed to go back on the assumption when it would be unfair or unjust to do so”.

¹¹⁰ WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency*..., *cit.*, p. 376.

¹¹¹ BUSCH, D., MACGREGOR, L., «Comparative law evaluation»..., *cit.*, p. 392.

imputabilidad del *dominus* (en términos más o menos objetivos, consecuentemente más o menos alejados de su voluntad), siempre prescinden de la buena o mala fe del representante. El conocimiento por parte del representante de su falta de poder tendrá consecuencias en el plano de la responsabilidad que asumirá frente al representado y, en caso de no resultar finalmente aplicable la doctrina sobre la representación aparente, también frente al propio tercero. Queda demostrada, de este modo, la singularidad que caracteriza la interpretación jurisprudencial y doctrinal clásica del controvertido art. 1738 CC. En cualquier caso, cabe plantear si el supuesto del fallecimiento del *dominus* introduce particularidades que acaben desechando la aplicación de la doctrina de la representación aparente.

3.2. Ante el supuesto del fallecimiento del representado, ¿se introducen reglas particulares?

El caso del fallecimiento del representado plantea determinadas particularidades que suponen un desafío para algunos aspectos esenciales en la construcción de la doctrina sobre la representación aparente. En particular, la propia extinción del poder de representación por tal fallecimiento y la imputabilidad de un *dominus* que está ya fallecido cuando se realiza la falsa actuación representativa. La solución que se ofrezca da, además, importantes claves para terminar de delimitar el alcance de la doctrina sobre la representación aparente.

No es de extrañar que constituya una situación regulada expresamente en las versiones originarias de los Códigos civiles modernos continentales. Tal es el caso de España, y también de Francia y Alemania (en este último caso exigiendo, no obstante, una labor de interpretación sistemática ciertamente compleja). En el Derecho inglés se niega la aplicación de la representación aparente para el representante de un representado ya fallecido, aunque es un planteamiento que se cuestiona en tiempos recientes, como se verá seguidamente.

a. La respuesta del Derecho francés

Comenzando con el Derecho francés y atención a la configuración causalista del mandato y el poder de representación, el mandato y el poder del representante cesan ante el fallecimiento del representado: así lo determina el art. 2003. 3º del *Code civil*. Con base en el art. 2009 del *Code*, siempre se ha estimado que el tercero que desconoce la muerte del mandante se verá protegido, quedando vinculado con sus herederos, con independencia de la buena o mala fe del mandatario¹¹². Se trata de una manifestación de la representación aparente, que tras su positivización en el art. 1156 del *Code* parece una solución incuestionable dado el carácter puramente objetivo que caracteriza al único presupuesto sobre el que se construye de la “creencia legítima”.

b. La respuesta del Derecho alemán

Por lo que respecta al Derecho alemán, la solución al problema no puede encontrarse en su articulado de forma tan directa como en el caso francés. El punto de partida sería el § 672 (1) (1) del BGB donde se establece como regla general que el mandato no se extingue con la muerte del

¹¹² Remitimos al apartado 2.2 del presente estudio.

mandante (en la duda)¹¹³. Si el mandato continúa surtiendo efectos a pesar del fallecimiento del mandante, en atención a lo dispuesto en el § 168 (1) (1), también seguirá vigente el poder de representación. En definitiva, por lo que respecta al tercero, quedará vinculado frente al representado en esta hipótesis¹¹⁴. Si, además, el poder de representación se confirió a través de un documento de autorización expresa, la conclusión anterior se ve reafirmada, en virtud del § 172 (2) del BGB: en ese caso, hasta que el documento no se devuelva al principal o se declare inválido, seguirá surtiendo efectos frente al tercero de buena fe (esta última exigencia, derivada del § 173 del BGB). Además, en este caso, la carga de la prueba sobre la ineficacia del poder recae sobre el propio representado¹¹⁵.

En el caso de España, merece la pena subrayar en relación con este último aspecto que se ha destacado que puede lograrse una protección autónoma del tercero de buena fe que confía en la apariencia representativa manifestada por un poder de representación instrumentado en escritura pública (al margen del comportamiento del representado) en aplicación del art. 1218 CC. Conforme a este precepto, la escritura pública hace prueba “aún contra tercero”, y por ende, “incluso a favor de tercero” del “hecho que motivó su otorgamiento” -en nuestro caso, del hecho de que alguien haya concedido un poder a favor de una concreta persona-. Apariencia protegible que el propio art. 1218 CC en su párrafo 2º extiende a los causahabientes de las partes contratantes (en este caso, los del representado)¹¹⁶.

c. La respuesta del Derecho inglés

En Derecho inglés, tradicionalmente se ha negado la aplicación de la doctrina sobre la representación aparente a los casos de muerte del *dominus*. Partiendo de la premisa que para el Derecho inglés el fallecimiento del representado da lugar a la extinción del poder de representación, el planteamiento tradicional frente a la actuación representativa llevada a cabo por el representante a partir de ese momento es la imposibilidad de generar propiamente un caso de representación aparente. En el caso *Watson v. King* de 1815¹¹⁷, se sentó doctrina sobre el

¹¹³ § 672 (1) (1) del BGB, dispone lo siguiente: “En caso de duda, el mandato no se extingue por la muerte o la incapacidad para contratar del mandante” (traducción del autor de este trabajo); la redacción original es la que sigue: “Der Auftrag erlischt im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers”. De hecho, el párrafo siguiente sienta curiosamente la regla contraria ante el fallecimiento del mandatario. PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J., «Traducción de la 15ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas», en ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho Civil, Derecho de obligaciones*, Tomo II, Segunda Parte, Bosch, Barcelona, 1966, p. 611 así lo aclara: “Por muerte del mandante [...] el mandato no se extingue en la duda [...]. Así, pues, la extinción sólo puede ser admitida si así se convino, lo cual naturalmente puede resultar también de las circunstancias del caso, sobre todo del contenido del mandato, por ejemplo, cuando a favor del mandante hubiera de contratarse a un maestro”.

¹¹⁴ Si el mandato se estima extinguido y con ello también el poder de representación, el § 169 del BGB sólo va dirigido al mandatario que, de ser de buena fe, podrá acogerse a la protección de la apariencia representativa.

¹¹⁵ Así lo defiende la doctrina alemana dominante; cfr., entre otros, SCHILKEN, E., «Comentario al § 170 del BGB», en *Staudingers Kommentar zum BGB*, Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 164-240, Otto Schmidt - De Gruyter, Berlin, 2024, para. 5.

¹¹⁶ PÉREZ RAMOS, C., «¿Qué le pasa al TS con los poderes?», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2014, núm. 54, p. 74.

¹¹⁷ Se trata del caso *Watson and wife, administratrix, & c. of Maxwell, v. King* [1815] 4 Camp. 272 at 274, centrado en la disputa por la propiedad de las tres cuartas partes del barco “Little William” tras la presunta muerte de su propietario original, Maxwell. Los hechos clave se desarrollan a partir de abril de 1813, cuando Maxwell, quien poseía una participación mayoritaria en el mencionado navío, otorgó un poder notarial a un individuo llamado Ward. Este poder facultaba a Ward para vender las partes de Maxwell, presumiblemente como una medida de garantía o pago, dado que Maxwell le adeudaba una cantidad considerable. Poco después de otorgar este poder,

particular planteando la siguiente pregunta retórica: “¿Cómo puede completarse un acto válido en nombre de un hombre fallecido?”¹¹⁸. No obstante, no se trata de una tesis ni mucho menos definitiva, tal y como se demuestra en el caso *Drew v. Nunn*, donde el *Court of Appeal* sostuvo que un representado que experimentó una incapacidad mental resultaba vinculado en aplicación de la doctrina sobre representación aparente. La decisión apeló a la necesidad de ofrecer una protección adecuada al tercero de buena fe: “la locura no es un privilegio, sino una desgracia que no debe permitirse que perjudique a personas inocentes”. Trazando una analogía con este caso, se ha afirmado que debería también protegerse al tercero que de buena fe contrata con el representante tras el fallecimiento del representado. De hecho, la doctrina inglesa más autorizada defiende que si se aplica la representación aparente a los casos de incapacidad del representado (tratándose de un sujeto necesitado de especial protección), con mayor razón debe extenderse igualmente a los casos de perecimiento del representado¹¹⁹. En este sentido, de nuevo partiendo sobre la hipótesis de la incapacidad, se destaca que la apariencia representativa frente al tercero no se extingue por la incapacidad del representado y tampoco, consecuentemente, por su muerte¹²⁰.

Puede constatar que en la generalidad de los sistemas más representativos estudiados se protege igualmente al tercero que ignora de forma excusable el fallecimiento del representado¹²¹, al margen del conocimiento de esta circunstancia por parte del representante. Las dudas planteadas en Inglaterra pueden explicarse, a nuestro juicio, por razón de la configuración de la imputabilidad del *dominus* que suelen predicar en la construcción de su doctrina sobre representación aparente (muy apegada, como se ha advertido -al menos en teoría- a su voluntad respecto a la apariencia representativa). En efecto, ¿acaso hay un supuesto de apariencia representativa más objetivo y alejado de la voluntad del *dominus* que aquel que implica su muerte? Aquí no cabe hablar de voluntariedad referida al surgimiento de la apariencia. De hecho, la admisibilidad de este supuesto de protección del tercero entendemos que supone una

Maxwell se embarcó en otro barco, el “Effort”, con destino a Bermudas. El evento crucial que desencadenaría la disputa legal ocurrió en febrero de 1814. En ese momento, Maxwell se encontraba en Jamaica a bordo del “Effort”, desde donde zarpó hacia Inglaterra. Sin embargo, la travesía se vio abruptamente interrumpida por un violento huracán que causó el naufragio de varios barcos de la flota. Trágicamente, nunca más se supo de él. La desaparición del barco y la ausencia de noticias posteriores llevaron a la conclusión de muerte de Maxwell. Meses después de este trágico suceso, específicamente el 8 de junio de 1814, Ward, el apoderado, procedió a vender la copropiedad de Maxwell en el “Little William” al demandado King, utilizando el poder notarial previamente otorgado por Maxwell. En ese momento, Ward actuó sin conocimiento de la muerte de Maxwell, que había ocurrido casi tres meses antes. La esposa de Maxwell, ahora actuando como administradora de sus bienes, impugnó esta venta, argumentando que el poder notarial había sido revocado por la muerte de Maxwell, invalidando así la transacción con King. La esencia del litigio radicaba en si un acto realizado bajo un poder notarial es válido cuando el otorgante ha fallecido, pero el apoderado no tiene conocimiento de ello.

¹¹⁸ La exclusión de la doctrina sobre representación aparente volvió a reiterarse, entre otras, en la sentencia del caso *Blades v Free* [S. C. 4 Man. & Ky. 282; 7 L. J. K. B. O. S. 211. 1842, 10Mee. & W. 11], donde Littledale J., afirmó lo siguiente: “In this case there was no express contract, and none can be implied from which the plaintiff can derive a right to recover. There was no continuing implied contract made by the deceased, but an authority to the woman with whom he cohabited to make contracts for him from time to time, and at his death that authority ceased. The tradesman cannot be better off than if this had been a question upon the contract of a wife, and her contracts cannot bind the husband's estate if made after his death”.

¹¹⁹ WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency...*, cit., p. 670.

¹²⁰ PEEL, E., *Frustration and Force Majeure*, Sweet & Maxwell, London, 2022, 4ª Edición, para. 4-035.

¹²¹ La buena configurada en términos “éticos”, identificada así con una ignorancia excusable se pone expresamente de manifiesto en el caso de fallecimiento del representado en el Derecho holandés, donde el art. 3:76 (1) (b) del Código Civil holandés excluye la protección del tercero (incluso cuando desconoce la extinción del poder de representación), cuando la muerte en cuestión sea de “conocimiento general”.

exclusión definitiva de los planteamientos que supeditan la protección de la confianza depositada en la apariencia representativa a la voluntariedad del *dominus*. La representación voluntaria, en sí misma considerada, constituye un riesgo para el representado que puede manifestarse, entre otras circunstancias, por la apariencia representativa que pueda seguir latente tras su fallecimiento. Los terceros que de buena fe confíen en esta apariencia se verán protegidos, lo cual acabará vinculando a los herederos del *dominus* (o el *personal representative*, cual equivalente funcional), como los sujetos que pasan a ocupar su posición.

Se confirma, una vez más y en el supuesto particular que se ha considerado, la absoluta singularidad (insostenible a nuestro juicio) planteada por la literalidad del art. 1738 CC.

4. Conclusiones (y reflexiones particulares a la luz de los textos internacionales, de unificación del Derecho privado europeo y la Propuesta española de reforma del Derecho de obligaciones de 2023)

Llegados a este punto, cabe trazar las conclusiones más relevantes a modo de síntesis y a la luz de los principales textos internacionales, los de unificación del Derecho privado europeo, así como la reciente *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* de 2023.

1. La representación es un instrumento esencial para la fluidez y eficacia del tráfico jurídico-económico, facilitando las transacciones y la actuación en el mercado.

2. Es imprescindible salvaguardar los intereses de los terceros que actúan de buena fe, amparándose en la apariencia creada. Esta protección debe derivar de la doctrina de la representación aparente, sin que la actuación, de buena o mala fe, del representante sea determinante para el tercero. Se trata, además, de una doctrina de alcance general en materia de contratación, con independencia del ámbito mercantil (o no) en el que nos movamos.

3. La construcción de la doctrina de la representación aparente requiere la concurrencia de tres elementos esenciales: a) Debe existir una apariencia de representación imputable al *dominus*, aunque no necesariamente a través de una manifestación directa de su voluntad, sino dentro de su esfera de riesgo. b) El representante debe haber contribuido a la generación de dicha apariencia. c) La buena fe del tercero es la piedra angular sobre la que se apoya su protección, debiendo configurarse en términos éticos como una ignorancia excusable (que implica un grado de diligencia medio atendiendo a las circunstancias específicas del caso). La práctica demuestra que estos presupuestos son ineludibles, de modo que no cabe obviarlos apelando a la simplificación u objetivación de la doctrina sobre representación aparente hasta el punto de reducirla a una mera “creencia legítima” al modo francés.

4. El supuesto específico del fallecimiento del representado constituye ejemplo definitivo y revelador de la configuración objetiva de la imputabilidad del *dominus* en la doctrina de la representación aparente. En este escenario, la voluntad del representado de generar o mantener una apariencia de representación se vuelve ciertamente imposible debido a su deceso. Sin embargo, la apariencia, una vez creada, puede persistir más allá de esta eventualidad. Así, la protección del tercero de buena fe que contrata bajo la creencia razonable y excusable de que la representación sigue siendo válida, no puede depender de una voluntad inexistente del *dominus post mortem*. La doctrina de la representación aparente interviene para suplir esta carencia voluntarista, imputando a los sucesores del *dominus* las consecuencias de la apariencia generada en vida.

5. En aplicación de la doctrina sobre la representación aparente la apariencia acaba convirtiéndose en realidad: lo que constituía una falsa representación deviene verdadera representación a todos los efectos. Con ello el representado y el tercero quedarán vinculados recíprocamente, de modo que ambos están legitimados para reclamarse lo que proceda apoyándose en la actuación representativa convalidada. Parece un planteamiento mucho más razonable que aquél apoyado en la doctrina inglesa del *estoppel*, donde el representado solo podrá actuar frente al tercero tras la preceptiva ratificación.

6. Los textos internacionales y de unificación del Derecho privado europeo evidencian que la doctrina sobre la representación aparente se recoge en todos ellos, protegiendo al tercero de buena fe, en todas las circunstancias de apariencia representativa, al margen de la buena o mala fe del representante. La imputabilidad del *dominus*, se configura además en términos tendencialmente objetivos (prescindiendo por completo del criterio de la culpa del representado, aunque en ocasiones se aluda cierto elemento voluntarista del *dominus* con ocasión de sus declaraciones o comportamiento)¹²².

7. Esta es igualmente la tendencia consagrada en la *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* de 2023. En ella, siguiendo la ubicación sistemática contenida en los Códigos civiles italiano y francés, se incluye un Capítulo VI dentro del Título II (sobre teoría general de los contratos), dedicado monográficamente a la regulación de la representación. Se incluyen cuatro disposiciones que deben mencionarse y que consagran la protección de la apariencia representativa bastando la buena fe del tercero:

Art. 1276 de la Propuesta: “Quien, con sus manifestaciones o su conducta, ha suscitado en otra persona la razonable confianza de que alguien es su representante no puede invocar posteriormente, frente a la primera, la inexistencia del poder”.

Art. 1282 de la Propuesta: “1. Si las manifestaciones o la conducta del representado hubieran permitido al tercero creer que el representante tenía poder suficiente para el acto realizado, pero después se le suscitara duda razonable acerca de la existencia o extensión de dicho poder, el tercero podrá pedir al representado que le confirme la existencia del poder o que ratifique el acto celebrado. El silencio del representado tras el requerimiento equivale a la confirmación de la existencia y suficiencia del poder o a la ratificación del acto celebrado.

2. Si no resulta confirmada la existencia y suficiencia del poder o ratificado el acto celebrado, el tercero podrá exigir al representado la responsabilidad por la confianza suscitada”.

Art. 1285. 1. 3º de la Propuesta: “El poder de representación se extingue: Por muerte del representante”.

¹²² Los *Principles of European Contract Law* (Art. 3:201) son los únicos que aluden expresamente a las “declaraciones” del representado como fuente generadora de la apariencia representativa protegible. En la *Convention on Agency in the International Sale of Goods* de 1983 [art. 14 (2)], se hace referencia a la “conducta” desarrollada por el representado. Mientras que los *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (art. 2.2.5) y el *Draft Common Frame of Reference for European Contract Law* (II.-6:103), se refieren exclusivamente a la apariencia representativa “causada” por el representado. Entendemos, en la línea objetiva que viene definiéndose, que este último es el planteamiento preferible. Sobre la tendencia a proteger al tercero de buena fe sin mayores exigencias relativas a la actuación del representante, en particular en los PECL y en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos de la Comisión General de Codificación de 2009, puede verse RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, Cizur-Menor, 2013, pp. 120 y 121.

Art. 1286 de la Propuesta: “1. La extinción del poder no es oponible al tercero que no la conociera ni la hubiera podido conocer en el momento de la celebración del acto. El tercero no podrá alegar desconocimiento de la extinción cuando se le hubiese comunicado o se hubiera hecho pública por los mismos medios utilizados para hacer público su otorgamiento.

2. En cualquier caso, la extinción del poder será oponible al tercero: 1.º Si el acto celebrado con él ha sido a título gratuito. 2.º Si hubiera conocido el poder únicamente por la declaración del representante”.

Al aludir a las “manifestaciones o conducta” del representado la Propuesta se decanta por una configuración no plenamente objetiva de la imputabilidad del *dominus*. En la línea francesa, así como de los PICC y DCFR entendemos preferible la referencia a la apariencia representativa “causada” por el representado. Igualmente, se reitera la vigente extinción de la representación por fallecimiento del representante y su inoponibilidad al tercero de buena fe (ética -“que no la conociera, ni la hubiera podido conocer”-); ahora bien, sólo en la medida en que el acto celebrado con el tercero sea a título oneroso. Se excluye así la protección de los terceros que confían en una apariencia representativa desarrollada en un negocio a título gratuito. Es evidente que, de confirmarse la propuesta de reforma, deberá cohonestarse con el art. 1738 CC.

8. El análisis de Derecho comparado, de los textos internacionales y de las futuras propuestas de reforma revelan que la tesis clásica de la interpretación literal del art. 1738 CC, por la que se exige la doble buena fe del mandatario y del tercero, representa una solución extraordinariamente singular y aislada. Esta excepcionalidad evidencia a todas luces la insostenibilidad de dicha exigencia para la protección del tercero. Así las cosas, debe propugnarse que el art. 1738 CC es un precepto dirigido a la defensa del mandatario que obra de buena fe que, únicamente de manera indirecta, da lugar igualmente a la defensa del tercero de buena fe. La protección autónoma de la confianza que deposita el tercero de buena fe en la apariencia representativa carece de una regulación expresa en nuestro Código, de ahí que deba acudir al principio general de protección de la apariencia (*ex art. 1.4 CC*) para llenar ese vacío.

5. Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil II*, Edisofer, Madrid, 2011, 14ª Edición.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El poder de papá cuando papá ya había muerto», disponible en: <https://derechomercantiles.ana.blogspot.com/2014/03/el-poder-de-papa-cuando-papa-ya-habia.html> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2025].

BADENAS CARPIO, J. M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 1998.

BALE, H. G. (Editor), *Chitty on Contracts*, Volumen II, Sweet & Maxwell, London, 2015, 32ª Edición.

BARBA, V., «La recettizietà della procura: un paradigma con sfide storiche e prospettive contemporanee», *Biblioteca della fondazione italiana del notariato*, 2025, núm.1, pp. 191-214.

BARBER CÁRCAMO, R., *Una aproximación a la representación voluntaria desde sus límites institucionales*, Dykinson, Madrid, 2019.

BEATSON, J., BURROWS, A., CARWRIGHT, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2020, 31ª Edición.

BUSCH, D., «Unauthorised agency in Dutch law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 136-182.

BUSCH, D., MACGREGOR, L., «Introduction», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 1-14.

- «Comparative law evaluation», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 385-438.

BUSTO LAGO, J. M., «Contrato de mandato», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Tratado de contratos*, Tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 4ª Edición, pp. 3830-3867.

CHENG-HAN, T., «Unauthorised agency in English law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 185-218.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Volumen I, Tomo I, Civitas, Cizur-Menor, reimpresión de 2008.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.

DEMOTT, D. A., «The Restatement (Third) of Agency and the unauthorised agent in US law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 219-244.

DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1979.

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo IV, Civitas, Cizur-Menor, 2010.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., «La interpretación literal del art. 1738 CC y la representación aparente: A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo», *InDret*, 2015, núm. 1, pp. 1-36.

GALGANO, F., *Trattato di Diritto Civile*, Volumen II, Cedam, Padova, 2010, 2ª Edición.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Tomo IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA RUBIO, M^a. P., «Algunas cuestiones preliminares sobre la propuesta de modernización reformada del Código Civil en materia de obligaciones y contratos», *Revista de Derecho Civil*, 2024, núm. 2, pp. 1-33.

GONZÁLEZ CARRARSCO, M^a. C., «Comentario al artículo 1738 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Director), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VIII, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11875-11883.

GORDILLO CAÑAS, A., «Comentario al artículo 1732», en PAZ-ARES, C., Díez-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1580-1582.

- «El principio de inoponibilidad, el dualismo moderado de nuestro sistema inmobiliario registral», *Anuario de Derecho Civil*, 2004, núm. 2, pp. 381-548.
- *La representación aparente*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2015, 2ª Edición.

GRAZIADEI, M., «Authority of agents», en VENEZIANO, A., ANTONIOLLI, L., *Principles of European Contract Law And Italian Law – A Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 147-186.

LABAND, P., «Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch», *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, 1866, núm. 10, 183-241.

LACRUZ BERDEJO, J. L., RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen 3 (El Derecho subjetivo), Bosch, Barcelona, 1990.

LE TOURNEAU, P., «Mandat», en *Répertoire de Droit Civil*, Dalloz, Paris, 2025.

LEÓN-CASTRO ALONSO, J. R., *El mandato*, Editorial Universidad de Sevilla, Sevilla, 2020.

MANRESA Y NAVARRO, J. M^a., *Comentarios al Código Civil español*, Tomo XI, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1905.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M^a., «El artículo 1738 del Código Civil», disponible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2014/03/el-articulo-1738-del-codigo-civil.html> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2025].

MURGA FERNÁNDEZ, J. P., *Sistemas europeos de liquidación de las deudas sucesorias*, Aranzadi, Cizur-Menor, 2020.

- «A Non Domino Acquisitions and Protection of Third-Party Purchasers of Immovable Property in the Spanish Legal System», en CARTWRIGHT, J., LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (Eds.), *Property and Contract Comparative. Reflections on English Law and Spanish Law*, Hart Publishing, Colección Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law, London, 2021, pp. 61-87.

PANTALEÓN PRIETO, F., «A propósito de la discusión sobre la STS de 13 de febrero de 2014», disponible en: <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2014/04/a-proposito-de-la-discusion-sobre-la.html> [fecha de consulta: 3 de septiembre de 2025].

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., «Seguridad jurídica y seguridad del tráfico», *Revista de Derecho Mercantil*, 1985, núm. 175-176, pp. 7-40.

PEEL, E., *Frustration and Force Majeure*, Sweet & Maxwell, London, 2022, 4ª Edición.

PÉREZ GONZÁLEZ, B., ALGUER, J., «Traducción de la 15ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas», en ENNECCERUS, L., *Tratado de Derecho Civil, Derecho de obligaciones*, Tomo II, Segunda Parte, Bosch, Barcelona, 1966

PÉREZ GONZÁLEZ, B., J. ALGUER, «Traducción de la 39ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas», en ENNECCERUS, L., *Derecho civil. Parte general*, Tomo I, 2, Primera Parte, Bosch, Barcelona, 1981.

PÉREZ RAMOS, C., «¿Qué le pasa al TS con los poderes?», *El Notario del Siglo XXI*, marzo-abril 2014, núm. 54, pp. 68-74.

RADEMACHER, L., «Auhority of agents», en JANSEN, N., ZIMMERMANN, R., *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 587-648.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Representación sin poder y ratificación*, Civitas, Cizur-Menor, 2013.

RODRÍGUEZ-ROSADO, B., *El derecho de obligaciones y contratos y su modernización: la propuesta de 2023*, Atelier, Barcelona, 2025.

SAINTIER, S., «Unauthorised agency in French law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 17-60.

SCHILKEN, E., «Comentario al § 170 del BGB», en *Staudingers Kommentar zum BGB*, Buch 1: Allgemeiner Teil: §§ 164-240, Otto Schmidt - De Gruyter, Berlin, 2024.

SCHMIDT-KESSEL, M y BAIDE, A., «Unauthorised agency in German law», en BUSCH, D. y MACGREGOR L. J., *The unauthorized agent. Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 100-135.

SCHMIDT, J.P., «Transfer of property on death and creditor protection – the meaning and role of ‘universal succession’», en STEVEN, A., ANDERSON, R., y MACLEOD, J. (Editores), *Nothing so practical as a good theory: Essays in Honour of Professor George Gretton*, Edinburgh University Press (Avizandum), Edimburgh, 2017, pp. 323-337.

SCHUBERT, C., «Comentario al § 167 BGB», en *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H.BECK, München, 2025, 10ª edición.

SEELER, W. V., «Vollmacht und Scheinvollmacht», *Archiv für bürgerliches Recht*, 1906, núm XXVIII, pp. 1-52.

VEIGA COPO, A. B., PAZOS CASTRO, R. (Directores), *La reforma francesa de los contratos especiales. Estudios a propósito del proyecto de la Comisión Philippe Stoffel-Munck*, Civitas, Cizur-Menor, 2024.

WAIS, H., «Comentario al § 172 BGB», en DANNEMANN, G., SCHULZE, R., *German Civil Code (BGB) - Article-by-Article Commentary*, C. H. Beck-Nomos, München, 2020, pp. 228-231.

AU

WATTS, P., REYNOLDS, F. M. B., *Bowstead and Reynolds on Agency*, Sweet & Maxwell, London, 2010, 19ª Edición.

A vueltas con el artículo 1969 CC: naturaleza del sistema de cómputo del plazo de prescripción.

El dies a quo en la acción de restitución de las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de una cláusula abusiva

Sumario

En este trabajo examinamos el momento inicial de cómputo del periodo prescriptivo de las acciones personales que no tienen señalado plazo especial, cuestión de indudable relevancia por tres motivos fundamentales. Uno, por la importancia que tiene la fijación del dies a quo para determinar si una cierta pretensión ha prescrito o no. Dos, por la especial atención que merece en una futura —y deseable— revisión del régimen jurídico de la prescripción extintiva. Y tres, por la novedosa —y discutible— doctrina que, aparentemente siguiendo la senda marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha consolidado el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 14 de junio de 2024, en la que introdujo el criterio del conocimiento razonable en la determinación del dies a quo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor por mor de una cláusula abusiva.

Abstract

In this paper, we examine the statute of limitations for personal actions that do not have a specific deadline, a matter of undoubted relevance for three fundamental reasons. First, because of the importance of the dies a quo in determining whether a particular claim has prescribed or not. Second, because of the special attention that it deserves in a future—and desirable—revision of the legal framework for extinctive prescription. And third, because of the novel—and controversial—doctrine that, apparently following the path forged by the European Court of Justice, the Spanish Supreme Court has consolidated since its ruling of June 14, 2024, in which it introduced the criterion of reasonable knowledge in determining the dies a quo of the statute of limitations for actions for restitution of amounts paid by the consumer due to an abusive clause.

Title: *Back to Article 1969 of the Civil Code: the nature of the system for computing the statute of limitations. The dies a quo in the action for restitution of amounts unduly paid under an abusive clause*

Palabras clave: Prescripción, cómputo del plazo, criterio objetivo, criterio subjetivo, *actio nata*, posibilidad legal, conocimiento razonable, principio de efectividad, principio de equivalencia, plazo de preclusión.

Keywords: *Prescription, computation, objective criterion, subjective criterion, actio nata, legal possibility, reasonable knowledge, principle of effectiveness, principle of equivalence, long-stop limitation period.*

DOI:10.31009/InDret.2026.i1.03

1.2026

Recepción
07/08/2025

-

Aceptación
25/08/2025

-

1. Introducción**2. Naturaleza del sistema de cómputo consagrado en el artículo 1969 CC: de la posibilidad «legal» de ejercicio de la acción al criterio de la cognoscibilidad razonable como doctrina jurisprudencial imperante**2.1. Teoría de la *actio nata* como criterio interpretativo tradicional del artículo 1969 CC

2.2. Hacia una subjetivación del sistema de cómputo de la mano de la jurisprudencia: la incorporación del criterio del conocimiento razonable en la interpretación del artículo 1969 CC

3. Cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en virtud de una cláusula abusiva3.1. ¿Es la restitución de las cantidades pagadas por el consumidor una consecuencia *ope legis* de la declaración judicial de nulidad de la cláusula abusiva?

3.2. Acción de nulidad... ¿imprescriptible?

3.3. Carácter prescriptible de la acción de restitución

3.4. Inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución

a. Pronunciamientos desde la jurisprudencia menor

b. STJUE de 25 de enero de 2024

c. STJUE de 25 de abril de 2024

d. Doctrina actual del Tribunal Supremo

3.5. Fijación de un plazo máximo de prescripción

4. Conclusión**5. Bibliografía****6. Anexo jurisprudencial**

6.1. Pronunciamientos de Audiencias Provinciales

6.2. Pronunciamientos del Tribunal Supremo

6.3. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

6.4. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons

Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Entre los hechos que influyen en las relaciones jurídicas destaca el transcurso del tiempo. Tal influjo se manifiesta de manera muy sobresaliente en la figura de la prescripción, en la que el tiempo se presenta como un elemento configurador. De esta suerte, el transcurso del tiempo, en conjunción con otros factores, puede determinar el nacimiento de ciertos derechos por su ejercicio continuado —usucapión o prescripción adquisitiva— o su extinción por falta de ejercicio durante el plazo legalmente establecido —prescripción extintiva—, transformándose así una situación de hecho en una de Derecho¹.

Este trabajo surge de la manifiesta necesidad de revisión que presentan las normas reguladoras de la prescripción extintiva —procedentes de la época de la codificación—, insuficientes en muchas ocasiones para dar respuesta a las necesidades actuales del tráfico jurídico, de la realidad social o a aquellas derivadas de la aplicación de las nuevas tecnologías. De hecho, ya la propia ubicación en el Código civil de las reglas sobre prescripción extintiva —Libro Cuarto, «De las obligaciones y contratos»— resulta criticable al tratarse de una institución que, lejos de afectar únicamente a las pretensiones nacidas de obligaciones, se aplica también a aquellas otras basadas en relaciones jurídico-reales, jurídico-familiares o hereditarias².

Entre los problemas que genera el vigente régimen jurídico de la prescripción podemos destacar la fijación de un excesivo número de plazos especiales, cuya duración, además, es muy diversa —oscilan entre los seis meses y los treinta años—; la desmesurada—aunque menor desde la reforma operada en el art. 1964.2 CC por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, Ley 42/2015)— e injustificada diferencia existente entre la duración del plazo de prescripción legalmente establecido para las pretensiones derivadas de obligaciones de naturaleza contractual y extracontractual; la interpretación en clave subjetiva que la jurisprudencia hace del artículo 1969 CC para determinar el *dies a quo* del periodo prescriptivo de las acciones personales que no tienen señalado plazo especial, entre otros³.

Coincidimos con CAÑIZARES LASO en que toda reforma de la prescripción debe partir de una valoración de conjunto de la institución⁴. Esto se traduce en la necesidad de respetar la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción y vincular los tres parámetros en torno a los cuales se organiza su régimen jurídico, a saber, la duración del plazo, el *dies a quo* y las causas de interrupción⁵. Así, toda reforma legal que afecte a la duración de los plazos de prescripción debe conectarse con el criterio establecido para la determinación del *dies a quo*, pues el cómputo en clave objetiva tradicionalmente se ha correspondido con plazos largos, al objeto de garantizar que el titular del derecho ha estado en algún momento en el decurso prescriptorio en condiciones de ejercitar su pretensión, mientras que el criterio subjetivo de cómputo permitía la fijación de plazos más breves, pues la prescripción solo comenzaría a correr cuando el sujeto pasivo conociera los hechos que dieron lugar al nacimiento de su pretensión. De igual modo, la determinación de unas causas legales que interrumpían la prescripción y cuya apreciación puede alargar la vida de los derechos *in aeternum* aconseja la fijación de un plazo máximo de prescripción transcurrido el cual no pueda el titular del derecho hacerlo valer⁶.

* Autora de contacto: Davinia Cadenas Osuna (dcadosu@upo.es). Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Negocios jurídicos conexos en una economía de mercado» (PID2021-124444NB-I00).

¹ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil, común y foral*, t. I, v. II, 15ª ed. 1ª reimpr., actualizada y puesta al día por ROMÁN GARCÍA, Reus, Madrid, 2007, p. 875.

² En este sentido, afirma CASTÁN que «sólo un aspecto muy limitado de la prescripción —la prescripción liberatoria de las acciones personales— tiene adecuada colocación en [el Código]» —*ibid*, p. 877—.

³ CAÑIZARES LASO, «Cómo regular la prescripción», blog *Almacén de Derecho*, entrada del 6 de febrero de 2018. Disponible en <https://almacendederecho.org/regular-la-prescripcion> (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

⁴ CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el *dies a quo*», *Revista de Derecho Civil*, v. V, n. 4, octubre-diciembre 2018, p. 90.

⁵ CAÑIZARES LASO, «La prescripción entre la seguridad jurídica y la justicia intrínseca», blog *Almacén de Derecho*, entrada del 16 de mayo de 2024. Disponible en <https://almacendederecho.org/el-dies-a-quo-para-el-computo-de-la-prescripcion-extintiva-de-la-accion-de-restitucion> (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

⁶ Como señala BADOSA COLL al analizar el régimen jurídico de la prescripción en los *Principles of European Contract Law* —en adelante, PECL—, «[l]a falta de correlación entre el tiempo computado y el tiempo real impulsa a señalar un límite de tiempo real al tiempo jurídicamente computado» —«La prescripción en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos», en FERRER VANRELL/MARTÍNEZ CAÑELLAS (dirs.), *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 280—.

De esta visión integral de la institución carece la reforma operada en el régimen jurídico de la prescripción a través de la Ley 42/2015. En dicha ocasión el legislador, sin justificar ni fundamentar su decisión, se limitó a reducir de quince a cinco años el periodo prescriptivo de las acciones personales que no tengan señalado plazo especial —art. 1964.2 CC—, ignorando la Propuesta de reforma de la prescripción y la caducidad —Título XVIII del Libro IV del Código civil— presentada por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación en el año 2009 —en adelante, PRPC—. Dicha propuesta, según su exposición de motivos, pretendía simplificar el régimen jurídico de la prescripción mediante la unificación de ciertos plazos y atender al necesario equilibrio de los intereses de los sujetos implicados en la prescripción tanto adquisitiva como extintiva. Asimismo, y principalmente, buscaba aportar mayor certeza a las relaciones jurídicas en aras de reducir la litigiosidad. A tal efecto, unificaba los plazos de prescripción de las pretensiones derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales, reducía de quince a cinco años el plazo de prescripción de las acciones personales que no tuvieran plazo especial⁷ y establecía un criterio objetivo de cómputo para las acciones personales, criterio que, no obstante, subjetivaba al permitir que se suspendiera el plazo entretanto el acreedor no hubiera podido conocer la identidad del deudor o los hechos que hubiesen determinado el nacimiento del crédito, sin que dicha suspensión pudiera exceder de cinco años —art. 1966 PRPC—⁸. Se trataba, en definitiva, de una propuesta que, presidida por el principio de mínima intervención, partía de un exhaustivo examen de la prescripción considerada en su integridad, premisa de la que carece la reforma operada por la Ley 42/2015. Esta se limita a cambiar un aspecto puntual y aislado del régimen jurídico de la prescripción —la duración de uno de los plazos—, perdiendo así la coherencia que debe caracterizar a toda reforma legislativa. La opción numérica debe ir en relación con las características que conforman la institución⁹. Así, coincidimos con CAÑIZARES LASO en que, si la reforma de 2015 se hubiera cimentado en un riguroso análisis de la institución, probablemente se hubiera tomado una decisión de mayor calado con respecto a sus reglas básicas¹⁰.

En este trabajo examinamos el momento inicial de cómputo del periodo prescriptivo de las acciones personales que no tienen señalado plazo especial, cuestión de indudable relevancia por tres motivos fundamentales. Uno, por la importancia que tiene la fijación del *dies a quo* para determinar si una cierta pretensión ha prescrito o no. Dos, por la especial atención que merece en una futura —y deseable— revisión del régimen jurídico de la prescripción extintiva. Y tres, por la novedosa —y discutible— doctrina que, aparentemente siguiendo la senda marcada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha consolidado el Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 14 de junio de 2024, en la que introdujo el criterio del conocimiento razonable en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor por mor de una cláusula abusiva.

2. Naturaleza del sistema de cómputo consagrado en el artículo 1969 CC: de la posibilidad «legal» de ejercicio de la acción al criterio de la cognoscibilidad razonable como doctrina jurisprudencial imperante

Nuestra jurisprudencia admite la posibilidad de configurar la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción desde una doble perspectiva objetiva y subjetiva¹¹. En el primer caso, el momento concluyente

⁷ Téngase en cuenta que la PRPC data del año 2009, siendo, por tanto, anterior a la reforma introducida en el art. 1964.2 CC por la Ley 42/2015.

⁸ Son muchas otras las innovaciones que la propuesta introducía en el régimen jurídico de la prescripción: se añadía al Título XVIII Libro Cuarto del CC un Capítulo IV —arts. 1973 a 1975 PRPC— dedicado a la caducidad; se suspendía la prescripción en los casos de fuerza mayor cuando el titular del derecho estuviera imposibilitado para interrumpirla y siempre que el impedimento naciera o subsistiera en los últimos seis meses del plazo de prescripción —art. 1932 I PRPC—; se admitían los pactos relativos a la prescripción —art. 1934 PRPC—, *inter alia*.

⁹ CAÑIZARES LASO, «Reflexiones sobre el nuevo plazo de prescripción de las acciones personales», blog *Hay Derecho*, entrada del 9 de marzo de 2016. Disponible en <https://www.hayderecho.com/2016/03/09/reflexiones-sobre-el-nuevo-plazo-de-prescripcion-de-las-acciones-personales/> (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

¹⁰ CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para...», *op. cit.*, p. 91.

¹¹ Esta doble posibilidad de configuración del *dies a quo* fue admitida por el TS en la sentencia —salvo indicación expresa en contrario, todas las sentencias referidas en el presente trabajo corresponden a la Sala de lo Civil— de 24 de septiembre de 1965 —ECLI:ES:TS:1965:1046— en los siguientes términos: «Que, en el terreno teórico o doctrinal, cabe la adopción de un criterio meramente “objetivo” que atiende sólo a la fecha de producción del hecho, con independencia del conocimiento que del mismo pueda tener el accionante o de un punto de vista “subjetivo” exigiendo que la realización o efectividad de aquél sea conocida por el agraviado, ya que éste mal puede manifestar antes su voluntad de ser resarcido, conforme a la Ley, puesto que

para la determinación del *dies a quo* del plazo se hace depender del acaecimiento de una circunstancia objetiva, a saber, el nacimiento de la pretensión en la esfera jurídica. El sistema subjetivo, por su parte, aunque exige también, por razones evidentes, el nacimiento de la pretensión para que comience a correr el plazo de prescripción, tiene en cuenta asimismo las circunstancias personales que rodean al sujeto pasivo, como pueden ser el conocimiento real o potencial —cognoscibilidad razonable¹²— por el acreedor de los hechos que fundamentan su pretensión y de la identidad del deudor. Poniendo en relación ambos criterios, podemos fácilmente inferir que el de índole objetiva aporta una mayor certeza a las relaciones jurídicas, debiendo adaptarse el cómputo del plazo a cada tipo de pretensión según sus particularidades propias, lo que, no obstante, se aleja de la tendencia actual conducente a la uniformidad de los plazos. Por su parte, el criterio subjetivo se aproxima más a la justicia material, pero incrementa la incertidumbre sobre la existencia y exigibilidad de las pretensiones al tomar en consideración circunstancias particulares y subjetivas que concurren en el acreedor y cuya acreditación, en la generalidad de los casos, no resulta fácil.

Tradicionalmente, el sistema objetivo se ha correspondido con plazos de prescripción largos, cuyo cómputo se iniciaba con el nacimiento de la acción, que era cuando objetivamente podía ejercerse la pretensión, no asumiendo protagonismo alguno las circunstancias particulares que rodeaban al acreedor. En contraposición, el sistema subjetivo se aplicaba a periodos prescriptivos de corta duración, para cuyo cómputo ya se tomaba en consideración el conocimiento por el titular del derecho de los elementos fácticos que fundamentaban su pretensión y de la identidad de la persona contra la que reclamar.

2.1. Teoría de la *actio nata* como criterio interpretativo tradicional del artículo 1969 CC

En nuestro Código civil, el artículo 1969 recoge la regla general de cómputo del plazo de prescripción de todas aquellas acciones que no tengan señalado plazo especial: el tiempo se contará «desde el día en que pudieron ejercitarse»¹³. Para la interpretación de este precepto la doctrina tradicional formuló la teoría de la *actio nata*, que fue acogida desde antiguo por el Tribunal Supremo y conforme a la cual el plazo de prescripción se iniciará cuando la acción haya nacido jurídicamente, pues hasta entonces no podrá el acreedor ejercer su derecho. De esta suerte, el inicio del plazo de prescripción dependerá, no solo de la existencia del derecho, sino del nacimiento de la acción tendente a su ejercicio —*actioni nondum natae non praescribitur*¹⁴—. En otros términos, la acción podrá ejercitarse desde el momento del nacimiento de la pretensión, pues es a partir de entonces cuando el titular del derecho puede imponer coactivamente el cumplimiento de la prestación, exigiendo del sujeto pasivo una determinada conducta activa u omisiva. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo ya en la sentencia de 24 de noviembre de 1895¹⁵, según la cual, «teniendo por principal objeto la prescripción de las acciones castigar la negligencia del que no las ejercita en tiempo hábil, empieza éste a correr desde que está expedito, con relación a la obligación de que emana el derecho a ejercitarla». En la misma línea, señaló el Alto Tribunal en la sentencia de 8 de mayo de 1903¹⁶ que «la frase empleada por el legislador en el expresado artículo 1969 de que el tiempo para la prescripción se contará desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse, hace referencia notoria a la posibilidad legal, por lo que sólo deben ser tenidas en cuenta las condiciones del individuo u otras

“nihil volitum, nisi praecognitum”, y si el primer criterio lo abonan razones de certidumbre jurídica, el segundo se ofrece como más razonable y equitativo».

¹² En coherencia con lo acontecido en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, sostiene MARÍN LÓPEZ que un criterio subjetivo puro resultaría inadmisibles. La fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva no puede hacerse depender exclusivamente del conocimiento real por el acreedor de los hechos en los que se funda su pretensión, sino de que este pueda razonablemente conocerlos empleando una diligencia media —cognoscibilidad razonable—. Por tanto, el modelo responde a criterios subjetivos, pero objetivables. Vid. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», en AA.VV., *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 54. En igual sentido, DOMÍNGUEZ LUELMO/TORIBIOS FUENTES, *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2024, p. 297.

¹³ El precepto recoge la regla general de cómputo aplicable a las pretensiones nacidas de relaciones jurídico-obligacionales de naturaleza contractual. En sede extracontractual, el art. 1968.2º CC adopta un criterio subjetivo de cómputo al establecer que prescribe por el transcurso de un año «desde que lo supo el agraviado» la acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art. 1902 CC.

¹⁴ Por todas, SSTs de 20 de mayo de 1959 —ECLI:ES:TS:1959:1007— y 21 de marzo de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:1757—.

¹⁵ ECLI:ES:TS:1895:264.

¹⁶ ECLI:ES:TS:1903:1306.

circunstancias cuando la ley así lo determine y prefije como excepción, lo cual está conforme con el alcance y fines de la prescripción».

Así interpretado el artículo 1969 CC, consagra el precepto un criterio objetivo en virtud del cual el plazo de prescripción se computa desde que puede exigirse al deudor el cumplimiento de la obligación, al margen de las condiciones materiales del interesado y otras circunstancias puramente personales que solo se tomarán en consideración cuando así lo determine la Ley —ejercitabilidad en abstracto¹⁷—. En consecuencia, no tendrán relevancia en la fijación del *dies a quo* la imposibilidad material en la que pueda encontrarse el titular del derecho —situación de ausencia, incapacidad, imposibilidad física de dirigirse contra el sujeto pasivo por secuestro o privación de libertad...—¹⁸, el impedimento debido a fuerza mayor o el desconocimiento del titular respecto de la posibilidad de ejercicio de la pretensión, aun cuando en el momento de nacimiento de la acción el titular no hubiera podido razonablemente conocer los hechos que fundamentan su pretensión —v. gr., el consumidor no conoce el carácter abusivo de la cláusula contractual por mor de la cual realizó determinados pagos a la entidad de crédito— o la identidad de la persona contra la que se puede ejercer—piénsese, v. gr., en casos de cesión de contrato, representación...—¹⁹.

En definitiva, conforme al sistema objetivo de cómputo es la posibilidad «legal» de ejercicio de la acción la que determina el inicio del plazo de prescripción. Se trata, por tanto, de una posibilidad que entraña la ausencia de obstáculo legal o contractual que impida el ejercicio de la pretensión²⁰. De esta forma, la posibilidad de ejercicio de la acción se ha de valorar objetivamente, con exclusión de imposibilidades subjetivas, de manera que las condiciones materiales del interesado u otras circunstancias puramente personales solo podrán considerarse de manera excepcional cuando así lo prevea la Ley expresamente²¹.

¹⁷ ALBALADEJO GARCÍA, «Artículo 1.969», en ALBALADEJO GARCÍA (coord.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXV, EDESA, Madrid, 1992, p. 576.

¹⁸ En tales hipótesis, interpretándose el art. 1969 CC en clave objetiva, el plazo de prescripción correría con independencia de que el titular del derecho —que se encuentra impedido materialmente para su ejercicio— no tuviera designado representante legal, siempre que la acción fuera ejercitable en abstracto. Véase ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción extintiva*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, pp. 45-46.

¹⁹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, pp. 132-133.

²⁰ Esta imposibilidad legal se produce, por citar un ejemplo, cuando se encuentra en pendencia un juicio criminal en averiguación de un delito o falta, en cuyo caso no podrá seguirse un pleito civil sobre el mismo hecho hasta que recaiga sentencia firme en la causa penal —arts. 111 y 114 LECr—. Esta afirmación ha sido precisada por la jurisprudencia al afirmar que el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil *ex delicto* se computa desde que se cierra con carácter definitivo la posibilidad de que se dicte una resolución en el proceso penal que permita la satisfacción de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito o falta —STS de 20 de noviembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5052)—. La resolución devendrá firme de manera automática cuando se hayan agotado los recursos legales contra la misma o cuando haya transcurrido el término sin interponerlos, con independencia de cuándo sea declarada materialmente la firmeza y cuándo sea notificada —STS de 12 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9335)—. No obstante, las partes podrán instar al órgano jurisdiccional para que declare la firmeza de la resolución en aras de que quede objetivado, mediante la correspondiente notificación, el inicio del cómputo del plazo de prescripción para el ejercicio de las acciones civiles subsiguientes —STS de 23 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2001)—. Ello explica que el sobreseimiento se deba notificar a todos los perjudicados, aun cuando no se hubieran personado en las actuaciones penales —art. 270 LOPJ—. En este sentido, declaró el TC en la sentencia de 31 de enero de 2005 —ECLI:ES:TC:2005:12— que la ausencia de notificación del fin del proceso penal a un perjudicado no se puede justificar por el hecho de no haberse personado, pues el Ordenamiento procesal confía al Ministerio Fiscal el ejercicio de la acción civil en el proceso penal. Asimismo, la personación en el proceso penal y, con ello, el ejercicio de las acciones correspondientes no es una obligación. Sobre esta base, concluyó el TC que la falta de notificación es susceptible de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva de los perjudicados porque impide el acceso al proceso civil cuando haya prescrito la acción de responsabilidad civil tendente a reparar el daño. El perjudicado no tiene la carga de enterarse de que el proceso penal ha terminado, con lo que no puede imputarse a su falta de diligencia el no tener constancia de tal hecho. Ahora bien, «nunca el excesivo formalismo puede condicionar el éxito de una pretensión jurídica, de tal suerte que si se logra probar que el interesado conoció por otras vías el contenido de la resolución judicial de archivo, la ausencia de notificación en forma no será óbice para que el plazo de prescripción discurra, a contar, desde luego, desde el día que se justifique que se tuvo el referido conocimiento» —STS de 19 de octubre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:6178)—. Producida la firmeza de la resolución que pone fin al juicio criminal y siendo para el perjudicado conocido el cierre de la causa penal, el periodo prescriptivo de las acciones civiles subsiguientes se iniciará o reiniciará, esto último cuando el plazo, una vez empezado a correr, se hubiera interrumpido con la apertura del proceso penal —SSTS de 11 de febrero de 2009 (res. 27/2009, rec. 2101/2002) y 19 de febrero de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:3408)—.

²¹ Por todas, SSTS de 1 de junio de 1900 —ECLI:ES:TS:1900:87—, 8 de mayo de 1903 —ECLI:ES:TS:1903:1306—, 13 de junio de 1958 —ECLI:ES:TS:1958:280—, 18 de enero de 1963 —ECLI:ES:TS:1963:2873—, 24 de septiembre de 1965 —ECLI:ES:TS:1965:1046—, 31 de octubre de 1968 —ECLI:ES:TS:1968:2809—, 12 de febrero de 1970 —ECLI:ES:TS:1970:511—, 22 de marzo de 1971 —ECLI:ES:TS:1971:197—, 19 de julio de 2001 —ECLI:ES:TS:2001:6384— y 21 de marzo de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:1757—. Postula MARÍN LÓPEZ que una simple lectura de las sentencias en las

Como regla general, tratándose de pretensiones derivadas de derechos personales, el *dies a quo* del plazo de prescripción conforme al criterio objetivo lo marca el momento en el que el crédito queda insatisfecho —teoría de la insatisfacción o de la pretensión insatisfecha²²—, lo que supone que se debe esperar al vencimiento de la obligación —y, en su caso, al cumplimiento de la condición suspensiva o término a los que pueda estar sujeta aquella²³—. Por su parte, cuando la pretensión derive de derechos reales, es generalmente la lesión del propio derecho lo que determina el nacimiento de la acción para defenderlo y, por consiguiente, marca el *dies a quo* del plazo de prescripción —teoría de la lesión—. En todo caso, el periodo prescriptivo no comenzará a computarse cuando el acto que causa el nacimiento de la acción se oculta, no se exterioriza²⁴.

La expuesta constituye la regla general, no carente de excepciones. Así pues, hay derechos de crédito cuya violación exige una lesión positiva, como el derecho del acreedor a un *non facere* del deudor. Sobre esta base, afirma DÍEZ-PICAZO que, en rigor, «insatisfacción y lesión son dos formas de violación del derecho subjetivo, que no se corresponden netamente con la naturaleza de cada uno de ellos». Y concluye: «Por eso, puede decirse que el derecho comienza a prescribir desde que es violado, pues en ese momento puede y tiene que ejercitarse la acción para protegerlo; y que es violado en unos casos cuando un tercero lo lesiona mediante un comportamiento positivo y en otros cuando queda insatisfecho por un comportamiento omisivo del tercero»²⁵.

El sistema objetivo es el que más adeptos encuentra en la doctrina. En este sentido, afirma CAÑIZARES LASO que, «con base en el Código civil, para el cómputo de la prescripción extintiva el legislador optó conscientemente, tratándose por tanto de una decisión de política legislativa, por la aplicación de una regla general basada en un criterio objetivo»²⁶. De esta suerte, la adopción de un sistema subjetivo requiere una actuación del legislador tendente a reformar el régimen jurídico de la prescripción. CAÑIZARES LASO sostiene que la aplicación de un sistema subjetivo de cómputo quizás pueda justificarse en sede de consumidores, donde las cláusulas abusivas son nulas y se tienen por no puestas —art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU)—, tratándose de una nulidad de pleno derecho y en interés del consumidor —por ende, de eficacia relativa, solo invocable por este—. Asimismo, este sistema subjetivo podría sustentarse en el elemento disuasorio y una mayor protección del consumidor. Sin embargo, señala CAÑIZARES LASO que el criterio legal objetivo consagrado en el artículo 1969 CC parece ceder ante el Derecho de consumo cuando, en puridad, debería seguir distinguiéndose nítidamente la regla general aplicable en materia de prescripción de la particular que opera en sede de consumidores²⁷.

Por su parte, PEÑA LÓPEZ sostiene que la fijación de unos plazos de prescripción unificados o aproximados debería partir de la *discovery rule*, no solo por tratarse del criterio tradicional en nuestro Ordenamiento

que el TS acoge la doctrina de la *actio nata* permite constatar que el Tribunal utiliza dicha teoría sin exponer las razones que le conducen a ello: «Se acoge como si se tratara de una consecuencia obvia, de algo natural, resultado de nuestra tradición histórica, que por ello no necesita de mayor justificación». Vid. MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, p. 91.

²² Vid. SSTs de 8 de mayo de 1903 —ECLI:ES:TS:1903:1306—, 13 de diciembre de 1994 —ECLI:ES:TS:1994:8156—, 19 de julio de 2001 —ECLI:ES:TS:2001:6384—, 15 de julio de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:4836— y 21 de julio de 2006 —ECLI:ES:TS:2006:4427—.

²³ CAVANILLAS MÚGICA, «Artículo 1969», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 13352.

²⁴ STS de 11 de junio de 1963 —ECLI:ES:TS:1963:2779—.

²⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Comentario del art. 1.969», en AA.VV., *Comentario del Código civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2166-2167. En igual sentido, MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, pp. 82-83.

²⁶ CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para...», *op. cit.*, p. 107.

²⁷ Este posicionamiento lo resume CAÑIZARES LASO de manera magistral: «el TJUE no puede modificar lo dispuesto por el Código civil, así como tampoco la interpretación por parte de los tribunales en clave subjetiva puede ser contraria a la literalidad del art. 1969 CC. Podría aceptarse que lo fuese en el caso de los consumidores (art. 83 TRLCU), pero lo que esto no podría suponer es una extensión a la modificación de la regla general de Código civil, como lo sería su aplicación a todos los supuestos en los que, en el marco del derecho privado, el art. 1969 CC fuese aplicable en defecto de otra norma» —«La prescripción entre...», *op. cit.*—. Vid. también CAÑIZARES LASO, «Algunas claves para...», *op. cit.*, pp. 122-123. Partidarios igualmente de un sistema objetivo de cómputo se muestran VIGUER SOLER, «Prescripción (Derecho civil)», en ARNALDO ALCUBILLA (coord. general), *Enciclopedia jurídica*, 16, La Ley, Madrid, 2008, p. 9518; DOMÍNGUEZ LUELMO/TORIBIOS FUENTES, *op. cit.*, p. 308; REYES LÓPEZ, «El *dies a quo* de la prescripción por cantidades anticipadas en cláusulas abusivas», *Revista Jurídica del Notariado*, n. 118, 2024, p. 378; MATE SATUÉ, «El instituto de la prescripción, la acción de restitución de cantidades y la protección de los consumidores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 804, 2024, p. 1971.

jurídico en sede de responsabilidad extracontractual, sino porque, al margen de que la conducta dañosa resulte o no de la ejecución de un contrato, cuando se causa un daño personal quedan afectados bienes de especial valor jurídico, lo que se traduce en una repulsa a la extinción del derecho de resarcimiento sin que el perjudicado haya tenido siquiera conocimiento de la lesión. Sin embargo, se trata este de un desiderátum de PEÑA LÓPEZ que él mismo reconoce no encajar en la redacción del artículo 1969 CC, que no admite más interpretación que una en clave objetiva. De hecho, califica el autor de *contra legem* una exégesis del precepto en virtud de la cual se entienda en él incorporada una *discovery rule*, en el sentido de «conocimiento del ofendido». Sin embargo, con cita del *case law* norteamericano, PEÑA LÓPEZ propone una interpretación del artículo 1969 CC conforme a la cual, en los supuestos de daños continuados y daños diferidos, el perjuicio no se entienda producido y, por ende, no se compute el plazo de prescripción, hasta que el daño no se manifieste en toda su extensión. Solo cuando el daño se revele con carácter definitivo — sea o no conocido por el agraviado — puede entenderse producido el perjuicio y, por consiguiente, nacida jurídicamente la pretensión. No oculta el autor que la exégesis del artículo 1969 CC por él propuesta resulta discutible, puesto que frente a la misma podría aducirse que los daños causados como consecuencia de un incumplimiento contractual existen en todo caso desde que el evento lesivo tiene lugar, aun cuando el daño no pueda detectarse o predecirse en ese momento. No obstante, entretanto no se acometa la deseable reforma del artículo 1969 CC, propone PEÑA LÓPEZ una interpretación del precepto conforme — a su juicio — con su tenor literal y acorde con el especial valor que en nuestro Ordenamiento tienen ciertos bienes jurídicos, como la vida o la integridad física²⁸.

Con el sistema objetivo se confiesa alineado también ALBALADEJO, en un posicionamiento que nos parece ciertamente discutible. El insigne civilista sostiene que la posibilidad de ejercicio determinante del inicio del plazo de prescripción *ex* artículo 1969 CC, amén de «legal», debe ser también «efectiva», lo que exige que los hechos que fundamentan la pretensión sean cognoscibles, porque solo entonces puede el derecho ser ejercitado. Así, cuando los hechos no son perceptibles externamente en el círculo del interesado, no existe posibilidad de ejercicio efectivo del derecho. No obstante, entiende ALBALADEJO que su razonamiento no conduce a una concepción subjetivista del ejercicio de la acción, pues únicamente atiende a la circunstancia objetiva de la cognoscibilidad de los hechos que generan la acción, y no a las circunstancias personales que concurren en el titular del derecho y que le impiden el conocimiento real o potencial de tales hechos. De esta manera, sostiene ALBALADEJO que el sistema objetivo previsto en la Ley consiste en la existencia y cognoscibilidad efectiva del hecho que genera la acción, con independencia de que el titular tenga o no conocimiento real de tal hecho o de si, por impedimentos personales, se vio imposibilitado de ejercitar la acción²⁹. Tras estudiar la tesis de ALBALADEJO nos parece que la misma sustenta la naturaleza subjetiva del criterio de cómputo consagrado en el artículo 1969 CC, si bien objetivado tal criterio por la dependencia del inicio del cómputo del plazo de prescripción a la cognoscibilidad de los hechos que generan la acción, y no al conocimiento real y efectivo de estos por el titular del derecho.

2.2. Hacia una subjetivación del sistema de cómputo de la mano de la jurisprudencia: la incorporación del criterio del conocimiento razonable en la interpretación del artículo 1969 CC

Durante el siglo XX, y de manera más acusada a partir de los años cincuenta de la pasada centuria, fueron apareciendo pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo interpretó en clave subjetiva el artículo 1969 CC, entendiendo que lo determinante para la fijación del *dies a quo* es la posibilidad de ejercicio efectivo de la acción, lo que implica un conocimiento real y efectivo por el acreedor de los hechos en los que se funda su pretensión —teoría de la realización— o, en ocasiones más contadas, una posibilidad razonable de conocimiento empleando el acreedor una diligencia media —criterio del conocimiento razonable—. Muy clarificadora en este sentido resulta la sentencia de 25 de enero de 1962³⁰, en la que, partiendo de la presunción de abandono o renuncia del derecho como uno de los fundamentos racionales en los que se basa la prescripción extintiva, el Tribunal Supremo sostuvo que solo puede esta producirse por la pasividad del

²⁸ PEÑA LÓPEZ, «El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos y del Derecho estadounidense que podrán servir para su reforma e interpretación», *InDret*, n. 4, 2011, pp. 18 ss.

²⁹ ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción...*, *op. cit.*, pp. 49 ss.

³⁰ ECLI:ES:TS:1962:279.

titular del derecho durante el tiempo legalmente establecido. De esta premisa infirió el Tribunal que, «para que un derecho prescriba, no basta que haya nacido, sino que, además, es necesario que pueda ser ejercitado, por lo que, como fórmula general, la doctrina científica y la jurisprudencia proclam[a]n, al unísono, que si el titular de un derecho se encuentra en la imposibilidad de ejercitarlo a consecuencia de un obstáculo cualquiera que proceda, ya de la ley, ya de fuerza mayor, o hasta de la misma convención, la prescripción no comienza a correr hasta aquel día en que cesa o desaparece esa imposibilidad»³¹. Seguidamente, afirmó el Tribunal que «nuestro Código Civil, superando la teoría de la “actio nata”, que se limitaba a afirmar que para que la prescripción fuera posible era preciso que la acción hubiera nacido, y que dejaba sin resolver la cuestión de cuándo debe entenderse que nació, acepta la teoría de la realización, que sostiene que la acción ha nacido cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa». De hecho, continúa el Tribunal, «si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la ley o la propia convención», razón por la cual «la jurisprudencia de otros países ha establecido la doctrina de que no se podrá reprochar al titular de un derecho, al no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerla en ejercicio, pues, además, podría suceder que tal derecho ya quedara prescrito antes de haber podido ser ejercitado, lo cual es tan injusto como absurdo». Sobre esta base, y con cita de un previo pronunciamiento de 29 de enero de 1952³², concluyó el Tribunal Supremo que «el artículo 1.969 del Código Civil no habla del nacimiento de la acción, sino que se inspira en el principio de que para la prescripción de las acciones, debe computarse el tiempo en que pudieron ejercitarse, por lo que ha de entenderse que ese tiempo es “el en que pudieron” ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto».

La teoría de la realización fue acogida por el Alto Tribunal en otros pronunciamientos en los que se introdujo el criterio del conocimiento para el cómputo del periodo prescriptivo de las acciones sin plazo especial. Exponentes de esta doctrina jurisprudencial son las sentencias de 5 de junio de 2008³³, 25 de marzo de 2009³⁴ y 4 de abril de 2013³⁵. En todas ellas, el Tribunal acogió el criterio del conocimiento y concluyó «que no se pued[e] reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo»³⁶.

Esta perspectiva subjetiva en la interpretación del artículo 1969 CC fue asumida por el Tribunal Supremo con carácter general para ciertos tipos de pretensiones —al margen de aquellas en las que el conocimiento lo exigía la propia Ley³⁷—, pudiendo citarse, como meros ejemplos, las acciones de rescisión por fraude de acreedores³⁸ y de resolución del contrato de arrendamiento urbano por obras, subarriendos, traspasos o

³¹ Me parece cuando menos temerario que el TS asevere de forma tan contundente y categórica que tanto la doctrina científica como la jurisprudencia venían proclamando «como fórmula general» y «al unísono» que el plazo de prescripción no daría comienzo hasta que cesara o desapareciera la imposibilidad de ejercicio del derecho en la que se encontrara el titular, pues son numerosos los pronunciamientos —algunos ya citados en este trabajo— en los que el propio TS interpretó el artículo 1969 CC en clave manifiestamente objetiva, no tomando en consideración las imposibilidades subjetivas que pudieran afectar al titular de la pretensión.

³² ECLI:ES:TS:1952:725.

³³ Res. 526/2008, rec. 838/2001.

³⁴ Res. 222/2009, rec. 2623/2005.

³⁵ ECLI:ES:TS:2013:1827.

³⁶ En opinión de DOMÍNGUEZ LUELMO y TORIBIOS FUENTES, las sentencias en las que el TS aplicó un criterio subjetivo de cómputo no seguían una pauta unitaria, puesto que lo que hizo en ellas el Tribunal fue recurrir a la teoría de la realización para otorgar una tutela adecuada al titular del derecho atendiendo a la justicia material del caso concreto. Véase DOMÍNGUEZ LUELMO/TORIBIOS FUENTES, *op. cit.*, p. 304.

³⁷ Así, v. gr., los arts. 1968.2º CC, 143.1 TRLGDCU y 35.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, establecen el criterio del conocimiento para, respectivamente, la acción de responsabilidad civil por injuria o calumnia y responsabilidad civil extracontractual, la acción de reparación de los daños y perjuicios causados por productos defectuosos y la acción de competencia desleal. Pese a la literalidad de estos preceptos, defiende MARÍN LÓPEZ que el plazo de prescripción de las referidas acciones debe computarse desde que el perjudicado conoce o puede razonablemente conocer los hechos determinantes de la pretensión indemnizatoria —cfr. art. 16 de la Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo—. Véase MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, p. 163. Por su parte, el art. 15.2 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, se apoya en el criterio de la cognoscibilidad razonable para determinar el *dies a quo* del periodo prescriptivo de la acción para exigir una indemnización por los daños causados por un accidente nuclear.

³⁸ SSTs de 16 de febrero de 1993 —ECLI:ES:TS:1993:687— y 5 de julio de 2010 —ECLI:ES:TS:2010:5403—. En la primera —a la que sigue la de 2010—, el TS aplicó por analogía el art. 1969 CC a los efectos de determinar el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de rescisión por fraude de acreedores ante el silencio del art. 1299 CC y dada la «natural y estructural semejanza de ambas instituciones» —prescripción y caducidad—. Sobre esta base, el Tribunal resolvió que el periodo

cesiones del uso de un local arrendado sin el consentimiento del arrendador, habiendo permanecido el hecho ilícito oculto o clandestino durante un cierto lapso de tiempo. Con relación a esta última acción, en la sentencia de 11 de noviembre de 1968³⁹ el Tribunal Supremo, aun admitiendo como premisa de partida el carácter «legal» de la posibilidad de ejercicio establecida en el artículo 1969 CC, señaló que, para que el plazo de prescripción de la acción comience a correr, la transmisión inconstentida del uso del local arrendado —hecho constitutivo del agravio— se debe producir de tal modo que, aun cuando no haya sido conocida por el agraviado, sí sea, al menos, cognoscible para él, no permaneciendo el hecho ilícito oculto o clandestino⁴⁰.

En este siglo, y de forma bastante evidente a partir del año 2012⁴¹, nuestra jurisprudencia ha evolucionado hacia la aplicación generalizada del criterio del conocimiento razonable para el cómputo del periodo prescriptivo de las acciones sin plazo especial, lo que implica que aquel solo comienza a correr cuando el titular de la pretensión tiene conocimiento —real o potencial— de la lesión de su derecho, conforme a la buena fe y a la diligencia básica exigible a todo sujeto que interviene en el tráfico jurídico⁴². Esta doctrina jurisprudencial se aplica con carácter general a todas las acciones que, por no tener señalado plazo especial, se subsumen en el supuesto de hecho del artículo 1969 CC⁴³. Así, por señalar algunos ejemplos, el criterio del conocimiento razonable se ha aplicado para el cómputo del plazo de prescripción o caducidad⁴⁴, según el caso, de la acción de nulidad del artículo 1301 CC⁴⁵, de la acción de reclamación de daños y perjuicios en un supuesto de doble venta⁴⁶, de la acción de enriquecimiento injusto⁴⁷ y de la acción de impugnación de la paternidad⁴⁸.

Consagra el art. 121-23.1 CCCat un criterio subjetivo de cómputo aplicable a todos los plazos de prescripción, cualquiera que sea la acción de que se trate. Señala el precepto: «El plazo de

prescriptivo de la acción de rescisión por fraude de acreedores corre desde «aquel día inicial en que de hecho acreditado o por disposición legal vinculante, pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y torticero que le produce un daño patrimonial».

³⁹ ECLI:ES:TS:1968:2361.

⁴⁰ Véanse también las SSTs de 26 de noviembre de 1943 —ECLI:ES:TS:1943:200—, 29 de enero de 1952 —ECLI:ES:TS:1952:725—, 11 de junio de 1963 —ECLI:ES:TS:1963:2779—, 19 de abril de 1967 —ECLI:ES:TS:1967:3996—, 1 de abril de 1971 —ECLI:ES:TS:1971:191—, 6 de noviembre de 1971 —ECLI:ES:TS:1971:962— y 10 de octubre de 1977 —ECLI:ES:TS:1977:804—.

⁴¹ El germen de esta doctrina jurisprudencial lo hallamos en la STS de 11 de diciembre de 2012 —ECLI:ES:TS:2012:9198—, seguida de otras posteriores —SSTs de 21 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6306), 2 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5712) y 14 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:49)—, todas ellas del mismo ponente, el magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno.

⁴² A favor de este planteamiento subjetivista la jurisprudencia argumenta la «innegable [...] función informadora que debe desplegar el principio general de buena fe en la interpretación y aplicación [de la prescripción extintiva], ya como acción o como excepción solicitada». Por todas, SSTs de 11 de diciembre de 2012 —ECLI:ES:TS:2012:9198—, 21 de junio de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:6306—, 2 de diciembre de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:5712— y 14 de enero de 2014 —ECLI:ES:TS:2014:49—. Sobre el papel que desempeña la buena fe en la determinación del *dies a quo* y en la interpretación del art. 1969 CC señala MARÍN LÓPEZ: «La buena fe sirve para valorar la “posibilidad de ejercicio de la acción” a que se refiere este precepto. La buena fe modula la diligencia exigible a los sujetos a los que afecta la prescripción. Así, por una parte, la buena fe está vinculada al conocimiento que el acreedor debe tener de la existencia de la acción, o que debería haber tenido si hubiera actuado con la diligencia exigible. Y por otra, la buena fe se proyecta también en la figura del deudor, hasta el punto de que la mala fe o dolo del deudor en la ocultación de la lesión del derecho del acreedor puede retrasar el *dies a quo* hasta el momento del conocimiento efectivo por el deudor» —MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo...*», *op. cit.*, p. 159—.

⁴³ En otros pronunciamientos, el TS sostuvo, con base en el principio *actio nondum nata non praescribitur*, que la prescripción comienza a correr cuando la parte que propone el ejercicio de la acción «disponga de los elementos fácticos y jurídicos idóneos para fundar una situación de aptitud plena para litigar». Véanse, por todas, las SSTs de 12 de diciembre de 2011 —ECLI:ES:TS:2011:9335—, 28 de junio de 2012 —ECLI:ES:TS:2012:5702—, 9 de enero de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:205— y 25 de noviembre de 2016 —ECLI:ES:TS:2016:5229—. Esta «aptitud plena para litigar» que requiere que el actor tenga «los elementos fácticos y jurídicos idóneos» para ejercitar su derecho la ha anudado MARÍN LÓPEZ a la existencia de una «posibilidad real y efectiva, en su doble vertiente de ausencia de impedimentos físicos y jurídicos y de conocimiento del actor sobre los hechos que fundamentan su pretensión». En sentido contrario, no tendría la parte actora aptitud plena para litigar y, por consiguiente, no daría inicio el plazo de prescripción de la acción cuando no conociera de manera real y efectiva los hechos en los que se basa su pretensión. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo...*», *op. cit.*, pp. 92-93.

⁴⁴ El TS ha aplicado por analogía el art. 1969 CC a los efectos de determinar el *dies a quo* del plazo de caducidad de distintas acciones, dada la «natural y estructural semejanza de ambas instituciones» —prescripción y caducidad—. Véase, con relación a la acción de rescisión por fraude de acreedores, la STS de 16 de febrero de 1993 —ECLI:ES:TS:1993:687—.

⁴⁵ STS de 29 de abril de 2000 —ECLI:ES:TS:2000:3589—.

⁴⁶ STS de 11 de diciembre de 2012 —ECLI:ES:TS:2012:9198—.

⁴⁷ STS de 4 de abril de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:1827—.

⁴⁸ STS de 2 de diciembre de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:5712—.

prescripción se inicia cuando, nacida y ejercible la pretensión, la persona titular de la misma conoce o puede conocer razonablemente las circunstancias que la fundamentan y la persona contra la cual puede ejercerse». En estos términos, el precepto catalán garantiza que el plazo de prescripción no comience a correr mientras el titular de la pretensión no tenga la posibilidad real y efectiva de ejercerla.

Un criterio subjetivo de cómputo recoge también la ley 23 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la compilación del Derecho civil foral de Navarra —en adelante, FNN—, que, tras la reforma introducida por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, establece en su párrafo tercero que: «Salvo disposición legal especial, los plazos de prescripción se contarán, una vez que las acciones puedan ser ejercitadas, desde que su titular conozca o haya podido razonablemente conocer los hechos que la fundamentan y la persona contra la que deba dirigirse».

Se observa también en los textos armonizadores europeos una tendencia a la progresiva desaparición de los sistemas de cómputo puramente objetivos. Así, el art. 179 de la *Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law* —CESL— establece dos plazos de prescripción: uno breve, que será de dos años, y uno largo, que será de diez años o, tratándose de un derecho a indemnización por lesiones, de treinta años. Esta distinción afecta, no solo a la duración del plazo, sino también al criterio utilizado para la determinación del *dies a quo*. El cómputo del plazo breve comenzará en el momento en el que el acreedor haya conocido, o quepa esperar que hubiera conocido, los hechos a raíz de los cuales pueda ejercerse el derecho —criterio subjetivo—. Por el contrario, el plazo largo se computará desde el momento en el que el deudor tenga que efectuar el cumplimiento o, tratándose de un derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios, en el momento en que tiene lugar el acto del que emana el derecho —criterio objetivo—.

Los PECL y el *Draft Common Frame of Reference* —en adelante, DCFR—, en los arts. 14:203 y III.-7:203, respectivamente, optan por el sistema objetivo, comenzando el plazo general de prescripción desde que pueda exigirse al deudor el cumplimiento o, en el caso de que la acción se encamine a reclamar una indemnización de daños y perjuicios, desde que se produjo el hecho que da lugar a la pretensión. Los referidos preceptos contienen dos reglas particulares sobre el inicio del periodo prescriptivo que consagran sendos criterios también objetivos de cómputo: i) tratándose de obligaciones continuadas, el plazo se iniciará con cada incumplimiento del deudor; ii) cuando el derecho fuera declarado en un procedimiento legal, el plazo de prescripción se computará desde que la sentencia o laudo adquiere eficacia de cosa juzgada o desde que el título similar sea ejecutable, y, en todo caso, nunca antes de que pueda exigirse el cumplimiento al deudor. Ahora bien, los PECL y el DCFR suspenden el plazo de prescripción mientras que el acreedor no conozca, ni pueda razonablemente esperarse que lo haga, la identidad del deudor o los hechos que fundamentan su pretensión, entre los que se incluye, tratándose de una indemnización por daños, el tipo de perjuicio sufrido —arts. 14:301 PECL y III.-7:301 DCFR—. Igualmente, se suspenderá el plazo de prescripción cuando el acreedor no pueda ejercitar su pretensión debido a un impedimento que quede fuera de su esfera de control y que no podía razonablemente haber sido previsto, evitado o superado. Tal suspensión se aplicará solo cuando el impedimento se produzca, o subsista, en los últimos seis meses del plazo de prescripción —arts. 14:303 PECL y III-7:303 DCFR—.

La Convención de la UNCITRAL, de 14 de junio de 1974, sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías —en adelante, CPCIM— establece, en el art. 9, un criterio objetivo de cómputo en virtud del cual el plazo de prescripción comenzará a correr en la fecha en que pueda la acción ser ejercitada. Se trata esta de la norma general, que se completa con las reglas particulares contenidas en los arts. 10, 11 y 12 de la Convención, algunas de las cuales consagran igualmente criterios objetivos de cómputo. Así ocurre cuando se fija el *dies a quo* en el momento del incumplimiento del contrato —art. 10.1— o en la fecha de entrega de las mercancías al comprador o en la que este rehúsa el recibo de dichas mercancías cuando sea la existencia en estas de un vicio u otra falta de conformidad el detonante de la acción —art. 10.2—. Por el contrario, el art. 10.3 CPCIM aplica un criterio subjetivo de cómputo que toma en consideración el conocimiento real o potencial del titular de la pretensión cuando la acción se basa en el dolo cometido antes o al

tiempo de la celebración del contrato, o durante su cumplimiento —en tal caso, el *dies a quo* coincide con la fecha en la que el dolo fue o pudiera haber sido razonablemente descubierto—. Asimismo, el art. 21 de la Convención contempla un supuesto de ampliación del plazo de prescripción aplicable cuando, en virtud de circunstancias que no le sean imputables y que no puede evitar ni superar, el acreedor se encuentre en la imposibilidad de hacer cesar el curso de la prescripción, prolongándose el plazo un año desde que tales circunstancias dejen de existir. No prevé el precepto una hipótesis de retraso en el cómputo del plazo —cuando la imposibilidad de ejercicio de la acción se produce en origen— ni de suspensión de este —si la imposibilidad es sobrevenida—, sino una ampliación del periodo prescriptivo cuando la imposibilidad se da —o existe aún— durante el último año del plazo de prescripción⁴⁹.

Finalmente, en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales —en adelante, Principios UNIDROIT—, el periodo ordinario de prescripción, de tres años, comienza al día siguiente de aquel en que el acreedor conoció o debiera haber conocido los hechos de resultados de los cuales el derecho del acreedor pudo ser ejercido —art. 10.2 (1)—. El plazo de prescripción será suspendido en los casos de fuerza mayor y muerte o incapacidad del acreedor o deudor en los términos del art. 10.8 de los Principios.

En la doctrina, RIVERO HERNÁNDEZ⁵⁰ postula que el criterio objetivo de interpretación del artículo 1969 CC, en el sentido y con la generalidad que le dan la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia, no resulta acertado porque no es el único semántica y racionalmente —«el poder ejercitar una pretensión va siempre y necesariamente referido a una persona, el titular, y tal posibilidad no puede prescindir de su situación personal»— y tampoco resulta ineludible ni debe ser excluyente en nuestro sistema jurídico, ya que el legislador se aparta de él en ocasiones similares en aras de proteger ciertos intereses y personas. Además, no es el objetivo el mejor criterio en el plano estrictamente hermenéutico, pues toda interpretación de una norma particular debe considerar el contexto normativo general en el que se produce y la realidad social del tiempo en el que debe ser aplicada —criterio sociológico—, muy distinta en la actualidad a la existente a mediados del siglo XIX, del que procede la regulación codificada de la prescripción. Asimismo, la valoración de todo componente de una institución debe interpretarse como parte y dentro del conjunto general de esta, en la que ha de integrarse. Sobre esta base, RIVERO HERNÁNDEZ destaca el presupuesto básico de la prescripción, a saber, que el titular de la pretensión pueda efectivamente ejercitarla, pues la extinción por prescripción solo se justifica por la inactividad del titular consciente, voluntaria y a él imputable. Por consiguiente, no puede haber prescripción sino desde el momento en el que el titular de la pretensión tiene la posibilidad efectiva —y no meramente teórica— de ejercitarla y, mientras tanto, o bien no comienza a correr el periodo prescriptivo —si la imposibilidad es inicial— o bien, habiéndose iniciado este, se suspende entretanto dure la imposibilidad. De esta suerte, para que se pueda penalizar al titular con la extinción de una pretensión por prescripción se requiere que la inactividad o pasividad le sea jurídicamente imputable —regla general de la responsabilidad en nuestro sistema jurídico—, lo que presupone que él pueda realmente actuar, esto es, ejercitar la pretensión prescriptible. Esta exégesis del artículo 1969 CC es, a juicio del autor, la única admisible desde la consideración teleológica del precepto, pues parece evidente que el legislador y la Ley quieren e intentan la efectividad de la pretensión y la protección de su titular. Adentrándose en el examen detallado del artículo 1969 CC, se pregunta RIVERO HERNÁNDEZ por el sentido y alcance de dos expresiones que utiliza el precepto: «se contará» y «pudieron ejercitarse». Con relación a esta última, sostiene el autor que «[p]oder ejercitar (una pretensión) es, sustancialmente, tener el titular a su disposición instrumentos jurídicos aptos y eficaces para el ejercicio voluntario de derechos e intereses legítimos y, en su caso, para conservarlos (vía interrupción de la prescripción)». Concluye así RIVERO HERNÁNDEZ que «sólo cuando el titular de un derecho o pretensión dispone de manera eficaz de medios jurídicos aptos para ejercitar a su discreción uno u otra, voluntariamente, y al propio tiempo no se halla impedido por cualquier causa (subjetiva u objetiva) para hacer efectiva aquella posibilidad de ejercicio, puede hablarse jurídicamente y a efectos de prescripción de que “pudieron ejercitarse”». Tal imposibilidad subjetiva existirá cuando el titular no tenga conocimiento efectivo o, al menos, potencial —cognoscibilidad razonable— de la posibilidad de ejercicio de la

⁴⁹ MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, p. 57.

⁵⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, *La suspensión de la prescripción en el Código civil español: estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 117 ss.

pretensión. Por lo que respecta a la expresión «se contará», defiende RIVERO HERNÁNDEZ que, aunque solo la cree referida en su literalidad al inicio del cómputo, este debe comprender todo el periodo prescriptivo. Por tanto, no existiendo precepto alguno que aborde el cómputo total del plazo, ese problema —¿laguna legal?— debe resolverse con arreglo a los criterios hermenéuticos al uso y, principalmente, relacionando tal extremo con la idea general de la prescripción a la que sirve. Así, concluye RIVERO HERNÁNDEZ que el cómputo integral del plazo se regirá por el criterio de la posibilidad real y efectiva durante todo su curso, lo que exige que si de manera sobrevenida al inicio del cómputo se produce una causa que no permite el ejercicio de la pretensión, el plazo se interrumpirá hasta que tal imposibilidad desaparezca.

En la misma línea, afirma MARÍN LÓPEZ⁵¹ que el cómputo del plazo de prescripción se iniciará cuando concurren los siguientes tres requisitos: i) que el ejercicio de la pretensión sea legalmente posible, lo que implica que haya nacido y sea jurídicamente ejercitable; ii) que el titular del derecho conozca o pudiera razonablemente haber podido conocer actuando con la diligencia debida —cognoscibilidad— los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar; iii) que el titular tenga la posibilidad real y efectiva de ejercitar la pretensión, no concurriendo circunstancia alguna —fuerza mayor— que le impida reclamar. En puridad, el hecho de que el titular no pueda razonablemente conocer los hechos en los que se funda su pretensión —segundo requisito— constituye un supuesto de imposibilidad real y efectiva de ejercicio de la acción —tercer requisito—. Sin embargo, aboga MARÍN LÓPEZ por el análisis separado de ambas exigencias, al ser distinto el tratamiento que les han brindado tanto la doctrina como la jurisprudencia⁵². Sostiene el autor que si un acreedor, actuando diligentemente, desconoce los hechos que fundamentan su pretensión no debe dar inicio el plazo de prescripción. Sin embargo, si la ignorancia fuera imputable al acreedor, porque cualquier persona en su situación hubiera conocido tales hechos, no parece merecer aquel la protección que entraña el retraso del *dies a quo*, pues ello implicaría dejar en manos del acreedor la determinación del momento a partir del cual debe computarse el plazo. En todo caso, aun abogando por la aplicación del criterio del conocimiento más allá del Derecho de daños, postula MARÍN LÓPEZ que su relevancia práctica será mayor en las pretensiones de origen extracontractual, pues, cuando la acción deriva de un contrato, en la mayoría de las ocasiones, el nacimiento de la pretensión —y, por ende, la posibilidad de su ejercicio— coincidirá con el momento en el que el titular conoce o puede razonablemente conocer los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad del deudor. En tal hipótesis, el plazo de prescripción correrá desde que la acción pueda ejercitarse, siendo indiferente si la fijación del *dies a quo* responde a un criterio objetivo o subjetivo de cómputo. Asimismo, señala el autor que el grado de diligencia exigible al acreedor para determinar la cognoscibilidad de los hechos que fundamentan su pretensión puede variar dependiendo del tipo de acción a ejercitar, porque no están en igual situación el titular de un derecho de crédito, que sabe que el deudor está obligado a realizar una prestación y que debe permanecer atento a si el cumplimiento se produce, que quien sufre un daño en un supuesto de responsabilidad extracontractual o quien es privado por un tercero de un bien de su propiedad. En todo caso, sostiene MARÍN LÓPEZ que la conducta maliciosa del deudor puede prevalecer sobre la falta de diligencia del acreedor en el conocimiento de los hechos que fundamentan su pretensión y legitimar que se posponga el *dies a quo* al momento del conocimiento efectivo⁵³. El criterio del conocimiento lo justifica el autor igualmente con base en el fundamento de la prescripción. En este sentido, considera MARÍN LÓPEZ superadas las teorías que basan la prescripción en la presunción de abandono del derecho por su titular, entendiendo que el fundamento de la institución radica en la seguridad jurídica, que impide que las acciones puedan ejercitarse *sine die*, siempre que la inactividad del titular de la pretensión pueda considerarse aunque sea mínimamente negligente al haber dejado transcurrir el plazo de prescripción sin ni siquiera haber reclamado extrajudicialmente su derecho. De esta suerte, la prescripción no puede correr frente al titular cuya inactividad no responda a un actuar culposo, sino a la imposibilidad de ejercitar la acción, concurriendo tal imposibilidad cuando el titular desconoce los hechos que fundamentan su pretensión o la

⁵¹ MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, p. 96; MARÍN LÓPEZ, «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 22, 2017, p. 93.

⁵² Para un análisis en profundidad de estos requisitos, véase MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, pp. 101 ss.

⁵³ MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, pp. 122 y 165 ss. Véase también GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990, pp. 215 ss.; UREÑA MARTÍNEZ, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho civil*, Comares, Granada, 1997, *passim*; DEL OLMO GARCÍA, «La suspensión de la prescripción liberatoria: fragmentos de tradición y algunas dudas», en AA.VV., *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, ed. digital, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 405 ss.

identidad de la persona contra la que reclamar⁵⁴. Asimismo, señala MARÍN LÓPEZ que la interpretación del artículo 1969 CC con base en el criterio del conocimiento constituye una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva —art. 24 CE—, que resultaría vulnerado en aquellos casos en los que el titular de la pretensión no tuviese la posibilidad real y efectiva de ejercerla porque el plazo de prescripción se haya iniciado con el nacimiento de la acción y haya transcurrido íntegramente sin que el titular haya conocido o podido razonablemente conocer los hechos en los que debe basar su reclamación y la persona contra la que dirigirla⁵⁵.

La prescripción extintiva, lejos de fundarse en la justicia intrínseca, es una figura que encarna la seguridad jurídica, razón por la cual la jurisprudencia ya desde antiguo señaló que la prescripción debe ser objeto de un tratamiento fuertemente restrictivo, de manera que en cuanto se manifieste el *animus conservandi* se debe entender interrumpido el *tempus praescriptionis* —*in dubio, contra praescriptio*—⁵⁶. Es cierto que el criterio del conocimiento añade una exigencia al mero nacimiento de la acción para que el periodo prescriptivo pueda empezar a correr, a saber, el conocimiento o cognoscibilidad por el titular de los hechos que fundamentan su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar. Sin embargo, MARÍN LÓPEZ, siguiendo a DÍEZ-PICAZO⁵⁷, defiende que no hay razón que justifique una interpretación de las reglas de la prescripción distinta de la que resulta de aplicar el art. 3 CC y, por tal razón, rechaza la utilización del argumento de la exégesis restrictiva para considerar el conocimiento real o potencial como una exigencia derivada del art. 1969 CC⁵⁸.

Señala MARÍN LÓPEZ que cuando la prescripción se alegue en el proceso como excepción de naturaleza material —y no procesal— corresponde al demandado acreditar que la prescripción ha tenido lugar, lo que entraña la prueba del nacimiento de la acción, el conocimiento o cognoscibilidad razonable para el actor de los hechos que fundamentan su pretensión y la posibilidad real y efectiva de ejercicio de la acción. La prueba del conocimiento del demandante presenta una ingente dificultad en términos procesales, habida cuenta de que alude a circunstancias reservadas a la esfera privada del actor. Mayor flexibilidad aporta el criterio del conocimiento potencial, pues, pese a tomar en consideración las circunstancias que rodean al actor, tiene una base objetiva: no exige que se acredite el conocimiento real del concreto demandante, sino la cognoscibilidad para una persona razonable que, compartiendo el contexto del actor, emplee una diligencia media. En todo caso, para eludir estos problemas probatorios, aboga MARÍN LÓPEZ, siguiendo a los PECL y al DCFR, por estimar el conocimiento real o potencial, no como una exigencia para que el plazo de prescripción comience a correr, sino como un supuesto de suspensión del plazo. De esta suerte, corresponderá al demandado probar solo que la pretensión es jurídicamente ejercitable, debiendo el actor acreditar, si quiere que el plazo no comience a correr o se suspenda, que no ha podido razonablemente conocer los hechos en los que se sustenta su pretensión o la identidad de la persona contra la que debe reclamar⁵⁹. No es este el posicionamiento adoptado por el Tribunal Supremo, que, con sustento en la teoría general de la carga de la prueba, sostiene que la acreditación del inicio del periodo prescriptivo y de su transcurso total corresponde a quien formula la excepción, no pudiendo considerarse prescrita la acción cuando no se haya probado el *dies a quo*⁶⁰. En la misma línea, señala el Alto Tribunal que «las

⁵⁴ MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, pp. 127-128.

⁵⁵ Aun cuando es doctrina del TC que corresponde a la jurisdicción ordinaria la interpretación de las normas sobre naturaleza, existencia, plazos, cómputo y comienzo de la prescripción, hay casos en los que la aplicación realizada por los tribunales ordinarios de las normas sobre prescripción adquiere relevancia constitucional desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto ocurre cuando tal interpretación haga imposible en la práctica el ejercicio de la acción, incurra en error patente en la determinación del plazo o se apoye en un razonamiento puramente arbitrario o sencillamente absurdo —STC de 2 de octubre de 1997 (ECLI:ES:TC:1997:160)—. En el primero de los supuestos nos encontraríamos, según MARÍN LÓPEZ, si el plazo de prescripción se computara desde el nacimiento de la acción, pues su ejercicio sería imposible en la práctica cuando el titular de la pretensión, por causas ajenas a su negligencia, no conociera o pudiera razonablemente conocer los hechos en los que se funda su pretensión y la identidad de la persona contra la que reclamar —*ibid.*, pp. 132 ss—.

⁵⁶ Véanse las SSTs de 17 de diciembre de 1979 —ECLI:ES:TS:1979:5166—, 16 de marzo de 1981 —ECLI:ES:TS:1981:4936—, 8 de octubre de 1982 —ECLI:ES:TS:1982:1437— y 2 de febrero de 1984 —ECLI:ES:TS:1984:347—, entre otras muchas.

⁵⁷ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Comentario del art. 1.930», en AA.VV., *Comentario del Código civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 2085; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva*..., *op. cit.*, p. 48.

⁵⁸ MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, pp. 130-131.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 99.

⁶⁰ STS de 24 de julio de 2001 —ECLI:ES:TS:2001:6589—.

indeterminaciones o dudas sobre el *dies a quo*, no deben resolverse en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado, sino en perjuicio de aquel que alega su extinción, escudándose en la extemporaneidad de la pretensión contraria»⁶¹. Ahora bien, no debemos olvidar el principio de facilidad probatoria —art. 217.7 LEC—, cuyo juego puede determinar que la falta de prueba del conocimiento —real o potencial— o de la posibilidad efectiva de ejercicio de la acción perjudique al titular de la pretensión cuando sea este quien se halle en una posición más favorable para probar tales circunstancias. Así, *v. gr.*, puede resultar más fácil para el actor acreditar la causa de fuerza mayor que le impidió el ejercicio de la acción que para el demandado probar la posibilidad real y efectiva de ejercicio de la pretensión.

Partiendo también de una interpretación subjetiva del artículo 1969 CC, defiende CARRASCO PERERA que el conocimiento exigido para que se inicie el plazo de prescripción debe recaer sobre los hechos, y no sobre el derecho. En otros términos, no conforma el «material cognoscible» la norma o fuente del Ordenamiento jurídico en las que se funde el derecho del reclamante, pues «la ignorancia del derecho es un riesgo de quien lo padece». Así pues, afirma el autor que si el potencial actor no sabe que dispone de una acción en caso de contrato nulo o no conoce cuál es el plazo de prescripción, este riesgo no lo puede desplazar al legitimado pasivo de la acción mediante un retraso en el *dies a quo* del plazo de prescripción, y ello aun cuando el desconocimiento sea excusable en términos de conducta negligente. Pero aún va más allá CARRASCO PERERA cuando sostiene que es también riesgo del titular de la acción «la calificación jurídica del contrato (cláusula) como nulo, calificación que resulta de una determinada interpretación de los hechos y las normas». Añade, además, que la naturaleza subjetiva del inicio del plazo que impone el artículo 1969 CC «no conduce a la necesidad de que el titular pueda contar en todo caso con un precedente en derecho que le ilumine de la existencia de su acción». Y es que, se plantea el autor: ¿sería suficiente con una sentencia de primera instancia o de apelación o habría que esperar a un pronunciamiento del Tribunal Supremo?; ¿qué ocurriría si el criterio no hubiera sido unánime en la jurisprudencia menor?; ¿cómo pudo litigarse el primer caso histórico? Finalmente, CARRASCO PERERA llega a la siguiente conclusión: el cómputo del plazo no depende de la existencia de unos precedentes interpretativos que, aun existiendo, no permiten al potencial actor saber con certeza si su acción llegará a buen término, pues nunca podrá conocer *ex ante* si su caso es igual o no a los ya enjuiciados⁶².

El planteamiento de CARRASCO PERERA nos genera un mar de interrogantes. Si partimos, como lo hace el autor, de una interpretación en clave subjetiva del artículo 1969 CC, debemos afirmar que el plazo de prescripción no puede empezar a correr sin que el titular de la acción pueda razonablemente conocer los elementos fácticos que fundamentan su pretensión. Ahora bien, ¿se incluye en el «material cognoscible» la calificación jurídica del contrato como nulo? A esta cuestión ha dado respuesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 25 de abril de 2024⁶³ al declarar la incompatibilidad con el principio de efectividad, en relación con el de seguridad jurídica, de un plazo de prescripción de la acción restitutoria cuyo cómputo se inicie al tiempo de celebrarse el contrato con independencia de si el consumidor conocía o podía razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula, puesto que ello puede hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio por el consumidor de los derechos que le confiere la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores —en adelante, Directiva 93/13/CEE—. En otros términos, el decurso prescriptorio no puede transcurrir íntegramente sin que el consumidor haya podido razonablemente conocer la nulidad contractual que fundamenta su pretensión restitutoria. En nuestra opinión, la cognoscibilidad del carácter abusivo de la cláusula no puede recaer únicamente en la interpretación por el consumidor de los hechos acontecidos y de los artículos 80 y 82 y siguientes TRLGDCU. Se necesita algo más que traslade la duda al consumidor sobre la validez de la cláusula. ¿Quizás la existencia de un escenario de litigación —acogiendo la terminología utilizada por MARÍN LÓPEZ⁶⁴— que permita al consumidor conocer el carácter potencialmente

⁶¹ SSTs de 7 de marzo de 1994 —ECLI:ES:TS:1994:1506— y 5 de marzo de 2003 —ECLI:ES:TS:2003:1497—.

⁶² CARRASCO PERERA, «A vueltas (y esperemos que la última) sobre el plazo de prescripción de la acción nacida de la nulidad de la cláusula de repercusión al prestatario de todos los gastos hipotecarios», *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, septiembre de 2017, pp. 4 ss. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf (recuperado el 1 de noviembre de 2025). Véase también CARRASCO PERERA, *Estudios sobre prescripción civil y mercantil*, Tecnos, Madrid, 2025, pp. 61 ss.

⁶³ ECLI:EU:C:2024:362.

⁶⁴ MARÍN LÓPEZ, «Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 50, 2024, pp. 51-187.

abusivo de la cláusula? Esta posibilidad fue negada por el Tribunal de Justicia en la referida sentencia de 25 de abril de 2024, en la que mantuvo que no se puede exigir a un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, no solo que se mantenga informado con regularidad de la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo nacional sobre la abusividad de las cláusulas tipo incluidas en contratos de igual naturaleza al que él haya podido celebrar con un profesional, sino, además, que determine, a partir de una sentencia del tribunal supremo, si las cláusulas incorporadas a un contrato específico son abusivas. De este modo, ni la existencia de un escenario de litigación sobre la abusividad de una cláusula ni una doctrina jurisprudencial consolidada del Tribunal Supremo que declare su nulidad permiten *per se* presumir el conocimiento real o potencial por el consumidor de la abusividad de la cláusula. La clave radica, a nuestro juicio, en que el actor pueda razonablemente conocer, por cualquier medio, la potencial nulidad contractual. En el caso particular de las cláusulas abusivas, esta cognoscibilidad derivará en muchas ocasiones, de manera directa o indirecta, de la existencia de algún precedente judicial que, llegado a oídos del consumidor, siembre en este la duda sobre la validez de cualquiera de las cláusulas incluidas en el contrato que celebró con el profesional. En este contexto cobra pleno sentido la cuestión que se plantea CARRASCO PERERA: ¿cómo pudo litigarse el primer caso histórico? En puridad, no puede sostenerse que en este *seminal case* la acción fuera imprescriptible. Sin embargo, el plazo de prescripción no comenzaría a correr entretanto no fuera cognoscible para el consumidor el carácter abusivo de la cláusula, sin que dicha cognoscibilidad pudiera derivar de un precedente judicial inexistente.

3. Cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades indebidamente satisfechas por el consumidor en virtud de una cláusula abusiva

Una vez que se declara judicialmente la abusividad de una cláusula contractual y, por ende, su nulidad, el juez nacional debe, *ex artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE*, dejar sin aplicación dicha cláusula en aras de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor. De este modo, ha de entenderse que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, debiendo restablecerse la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haberse incorporado al contrato la referida estipulación. En suma, la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación las cláusulas abusivas que imponen al consumidor el pago de cantidades indebidas genera el correspondiente efecto restitutorio respecto de los importes abonados⁶⁵.

A continuación, examinamos la jurisprudencia nacional y europea existente sobre el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades pagadas por el consumidor en aplicación de una cláusula abusiva, prestando especial atención a la doctrina contenida en las sentencias de la Sala Novena del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2024⁶⁶ y 25 de abril de 2024⁶⁷ y en la doctrina del Tribunal Supremo consolidada a partir de la sentencia de 14 de junio de 2024⁶⁸.

Previamente, sin embargo, vamos a abordar ciertas cuestiones esenciales para justificar el examen del *dies a quo*. En concreto, nos planteamos, de un lado, si la acción de restitución es autónoma respecto de la acción

⁶⁵ SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 —ECLI:EU:C:2016:980— y 16 de julio de 2020 —ECLI:EU:C:2020:578—.

⁶⁶ ECLI:EU:C:2024:81. Esta sentencia resolvió los asuntos acumulados C-810/21 a C-813/21, que tenían por objeto las peticiones de decisión prejudicial planteadas por la AP de Barcelona mediante autos de 9 de diciembre de 2021, en los procedimientos entre «Caixabank, S.A.» y W.E. y X.A. —asunto C-810/21—; «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.» y T.B. y U.K. —asunto C-811/21—; «Banco Santander, S.A.» y O.G. —asunto C-812/21— y O.K. y P.I. y «Banco Sabadell, S.A.» —asunto C-813/21—.

⁶⁷ ECLI:EU:C:2024:362. Esta sentencia resolvió el asunto C-561/21, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el TS mediante auto de 22 de julio de 2021, en el procedimiento entre GP, BG y «Banco Santander, S.A.». También de 25 de abril de 2024 data otra resolución del TJUE relevante a los efectos de este trabajo —ECLI:EU:C:2024:360—. Se trata de la sentencia dictada en el asunto C-484/21, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el JPI n. 20 de Barcelona mediante auto de 22 de julio de 2021, en el procedimiento entre F.C.C., M.Á.B. y «Caixabank, S.A.» —anteriormente «Bankia, S.A.»—. La doctrina contenida en este pronunciamiento coincide en lo sustancial con la que se estableció en la sentencia del mismo día dictada por el Tribunal europeo en el asunto C-561/21, si bien en esta última se resolvió una tercera cuestión prejudicial que el JPI n. 20 de Barcelona no planteó en el asunto C-484/21. Por su mayor amplitud en cuanto a las materias abordadas, en este trabajo nos centramos en el análisis de la sentencia dimanante de la petición de decisión prejudicial planteada por el TS.

⁶⁸ ECLI:ES:TS:2024:3076.

de nulidad de la cláusula abusiva y, de otro, si las acciones de nulidad y restitución tienen carácter prescriptible.

3.1. ¿Es la restitución de las cantidades pagadas por el consumidor una consecuencia *ope legis* de la declaración judicial de nulidad de la cláusula abusiva?

Es conocida la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual, interpretando el artículo 1303 CC, cuando se declara la nulidad de un contrato o de alguna de sus estipulaciones la obligación de devolver las prestaciones indebidamente realizadas no nace del contrato anulado, sino de la propia Ley. De esta suerte, la declaración de restitución, como efecto inmediato y elemental de la anulación, no altera la armonía entre lo pedido y lo concedido y tiende, de un lado, a evitar, sin necesidad de un nuevo pleito, el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la contraria y, de otro lado, a dar cumplimiento al artículo 1303 CC conforme al principio *iura novit curia*⁶⁹. En otros términos, el Tribunal Supremo ha declarado que, de conformidad con el principio *iura novit curia*, resulta innecesaria la petición expresa del perjudicado para que el juez imponga la restitución de las prestaciones realizadas en cumplimiento de un contrato o cláusula declarados nulos, no apreciándose incongruencia al constituir la restitución una consecuencia directa e inmediata de la norma que atribuye retroactividad al efecto liberatorio derivado de la declaración de nulidad. Así pues, la restitución se presenta como una consecuencia legal de la nulidad declarada, y no como una acción independiente⁷⁰. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de noviembre de 2011⁷¹ y 30 de noviembre de 2016⁷², que declararon innecesaria la petición de parte para la exigencia de los intereses legales debidos con la restitución de las prestaciones realizadas en contratos declarados ineficaces. Ejemplos de tales prestaciones serían los frutos o rendimientos de un capital, afirmando el Supremo que, en virtud de la presunción de productividad del capital, el acreedor tiene derecho a los intereses legales que determinen las reglas sobre la restitución integral de las prestaciones realizadas en cumplimiento de contratos declarados ineficaces, consecuencia derivada también de aplicar el principio de interdicción del enriquecimiento sin causa⁷³. En definitiva, los intereses legales tienen lugar por ministerio de la Ley, sin que sea necesario que se recojan expresamente en la ejecutoria⁷⁴. Con apoyo de esta doctrina jurisprudencial, RIBÓN SEISDEDOS postula que «hallándose ante una consecuencia inherente a la nulidad, no tenemos que temer por el plazo de prescripción de la acción», no existiendo, por ende, fecha límite para la devolución de los gastos satisfechos⁷⁵. BENDITO CAÑIZARES, por su parte, con base en la especial protección que al consumidor brinda la Directiva 93/13/CEE, plantea la posibilidad de admitir la apreciación de oficio de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad, lo que conduciría a excluir el carácter prescriptible de la acción de restitución. A juicio de la autora, la posibilidad planteada se encontraría justificada por el hecho de que, si bien el instituto de la prescripción protege a la parte pasiva

⁶⁹ Por todas, SSTs de 22 de noviembre de 1983, 24 de febrero de 1992 —ECLI:ES:TS:1992:1480—, 6 de octubre de 1994 —rec. 2421/1991— y 8 de enero de 2007 —res. 1385/2007, rec. 2487/1999—.

⁷⁰ Dice la STS de 10 de marzo de 2015 —ECLI:ES:TS:2015:1412—: «Es doctrina jurisprudencial la que afirma que no es incongruente la sentencia que anula a la declaración de ineficacia de un negocio jurídico las consecuencias que le son inherentes, que son aplicables de oficio como efecto *ex lege*, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez».

⁷¹ ECLI:ES:TS:2011:8900.

⁷² ECLI:ES:TS:2016:5288.

⁷³ No sucedería lo mismo con los intereses moratorios, que tienen que ser solicitados por las partes, sin que puedan los tribunales condenar a su pago de oficio sin incurrir en incongruencia.

⁷⁴ Esto no significa que el abono a los perjudicados de los intereses legales deba producirse *ex officio*, habida cuenta de que el juicio civil de reclamación de cantidad se rige por el principio dispositivo. Esta es la postura sostenida por el TS —Sala de lo Social— en la sentencia de 24 de febrero de 1994 —ECLI:ES:TS:1994:14677—, en un caso que, si bien versa sobre un procedimiento laboral, contiene una doctrina perfectamente trasladable al supuesto que nos ocupa. Según el TS, la ejecución de las sentencias firmes se inicia a instancia de parte —salvo cuando recaigan en procedimientos de oficio—, siendo dicha solicitud susceptible de prescripción, pues la imprescriptibilidad de la ejecución que ordenan el art. 240.3 del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, y el art. 418 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil, solo puede operar una vez que la ejecución ha sido solicitada —tales preceptos no establecen la imprescriptibilidad de la acción ejecutiva, lo que resulta coherente con lo previsto en el art. 1971 CC, que alude al tiempo de prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones declaradas por sentencia—. Concluyó el TS que, en el asunto enjuiciado, la solicitud de ejecución del fallo en lo que respecta a los intereses se produjo transcurrido más de un año desde que la acción ejecutiva pudo ejercitarse, habiendo esta, por ende, prescrito.

⁷⁵ RIBÓN SEISDEDOS, *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Madrid, Sepín, 2ª ed., 2017, p. 197. En la misma línea, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, «Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2017, pp. 87 ss. En contra de considerar la restitución de las prestaciones ejecutadas como una consecuencia automática de la nulidad, véase MARÍN LÓPEZ, «La prescripción de...», *op. cit.*, p. 90.

de una relación jurídica con fundamento en el interés general, este se halla actualmente presidido por la normativa que regula el uso de las condiciones generales en la contratación con consumidores⁷⁶.

En el ámbito europeo, el Tribunal de Justicia sostuvo, en la sentencia de 30 de mayo de 2013⁷⁷, que el papel que el Derecho de la Unión atribuye al juez nacional no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la abusividad de una cláusula contractual, sino que, además, incluye la obligación de pronunciarse sobre esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Sobre esta base, afirmó el Tribunal europeo que el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE:

«debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional que constata el carácter abusivo de una cláusula contractual está obligado, sin esperar a que el consumidor formule una solicitud a ese efecto, a deducir todas las consecuencias que según el Derecho nacional nacen de esa constatación, para cerciorarse de que el consumidor no quede vinculado por esa cláusula, por un lado, y por otro debe apreciar, en principio según criterios objetivos, si el contrato afectado puede subsistir sin esa cláusula».

Este pronunciamiento parece servir de apoyo al entendimiento de la restitución de las cantidades indebidamente satisfechas como una consecuencia legal de la declaración de nulidad de la cláusula abusiva. Empero, esta interpretación no se cohonestaba con la más reciente sentencia de 25 de abril de 2024⁷⁸, en la que el Tribunal europeo sostuvo que es compatible con el principio de efectividad un plazo de prescripción de la acción de restitución cuyo cómputo se inicie a partir de la firmeza de la sentencia que declare el carácter abusivo de la cláusula con base en la cual se han realizado los pagos indebidos, pues:

«en ese momento, al tratarse de una resolución judicial que tiene fuerza de cosa juzgada y como destinatario al consumidor afectado, se pone a este en condiciones de saber que la cláusula en cuestión es abusiva y de apreciar por sí mismo la oportunidad de ejercer una acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de dicha cláusula en el plazo prescrito en el Derecho nacional o, *si el Derecho procesal nacional así lo prevé*, la resolución judicial firme relativa a la nulidad de la cláusula abusiva permite que el juez estime la acción de restitución corolario de esa nulidad»⁷⁹.

En este pronunciamiento, el Tribunal de Justicia permitió considerar la restitución como una consecuencia de la nulidad de la cláusula abusiva «*si el Derecho procesal nacional así lo prevé*», lo que no ocurre en el Ordenamiento jurídico español, al menos como regla general.

El art. 3 de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios — Ley de Usura — establece que, declarada la nulidad de un contrato de préstamo usurario, el prestamista «devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado». La restitución de las cantidades que excedan del capital se prevé, por tanto, como una consecuencia derivada de la declaración de nulidad del contrato usurario.

En la doctrina, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ sustenta el carácter *ope legis* de la restitución, con relación a supuestos de nulidad de cláusulas abusivas, en los fundamentos del Derecho de la Unión Europea tuitivo de los intereses de los consumidores y usuarios. Según el autor, el Tribunal de Justicia, en la sentencia de 21 de diciembre de 2016⁸⁰, interpretó el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE —«[...] no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas [...]»— en el sentido de que a la declaración judicial del carácter abusivo de una cláusula contractual seguirá, ineludiblemente, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que el consumidor se encontraría de no haberse incorporado al contrato dicha estipulación. Esto implica que, declarada la abusividad de la cláusula, el consumidor debe ser restituido íntegramente en las cantidades indebidamente pagadas por mor de aquella. De esta interpretación del artículo 6.1 de la Directiva, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ infiere que es inviable disociar la declaración de nulidad y

⁷⁶ BENDITO CAÑIZARES, «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (Primera parte)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 99, n. 796, 2023, pp. 871 ss.

⁷⁷ ECLI:EU:C:2013:340.

⁷⁸ ECLI:EU:C:2024:362.

⁷⁹ La cursiva es nuestra.

⁸⁰ ECLI:EU:C:2016:980.

la pretensión restitutoria, de manera que, si la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, también debe serlo la acción de restitución⁸¹.

De la referida STJUE de 21 de diciembre de 2016 se pueden extraer las siguientes conclusiones: i) en aras de cumplir con la obligación que el art. 7.1 de la Directiva 93/13/CEE impone a los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin que pueda el juez modificar el contenido de la estipulación; ii) el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato al que resulte de aplicación la Directiva desde el momento en el que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios a tal efecto, eliminando así el desequilibrio existente entre el profesional y el consumidor; iii) la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva al consumidor exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio la abusividad de una cláusula contractual pueda inferir todas las consecuencias que se derivan de tal declaración, sin esperar a que el consumidor, una vez informado de sus derechos, solicite que se anule la cláusula abusiva; iv) el art. 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual que ha sido declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá desplegar efectos frente al consumidor; v) a la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula sigue el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido la referida estipulación; vi) la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga al consumidor el pago de importes indebidos genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio.

Aun admitiendo la existencia de argumentos razonados tanto en un sentido como en el contrario, entendemos que cuando la Ley no proclama expresamente la restitución como efecto de la declaración de nulidad debe interpretarse que el legislador considera la restitución como una pretensión independiente que el acreedor puede ejercer cuando quiera, y no como una consecuencia *ope legis* de la declaración de nulidad. En todo caso, lo que no nos plantea duda alguna es que la tesis conforme a la cual la restitución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de una cláusula abusiva es consecuencia *ope legis* de la declaración de nulidad de esta ha sido desmentida reiteradamente por la práctica judicial. De hecho, ha resultado frecuente el ejercicio por los consumidores solo de la acción de nulidad de la cláusula contractual que les imponía el pago de todos los gastos de constitución del préstamo con garantía hipotecaria, sin reclamar la restitución de los importes indebidamente satisfechos en aplicación de la referida cláusula⁸². De esta forma, son muchos los pronunciamientos en los que nuestros tribunales deslindan la acción de declaración de nulidad de una cláusula abusiva de aquella otra que pretende la restitución de las sumas indebidamente abonadas, reconociendo que la devolución de los importes pagados no es inherente a la declaración de nulidad, sino que responde a una acción de reclamación de cantidad que es autónoma y complementaria de la anterior —de nulidad—, que se puede ejercitar en el mismo juicio o en otro distinto y que se somete al plazo de prescripción establecido en el artículo 1964.2 CC. Esta doctrina se infiere con nitidez de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018⁸³, según la cual, «[s]obre [la] base de la abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor (en este caso, el prestatario), deberían ser los tribunales quienes decidieran y concretaran en

⁸¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 80-81.

⁸² Este hecho se ha debido, según la SAP de Salamanca de 16 de diciembre de 2021 —ECLI:ES:APSA:2021:1017—, a dos motivos fundamentales: i) en unos casos, el consumidor pretendía esperar a que existiera certeza sobre las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos. Fue el Pleno del TS el que acabó con la indeterminación existente al respecto en la jurisprudencia menor cuando el 23 de enero de 2019 dictó cinco sentencias —ECLI:ES:TS:2019:101, ECLI:ES:TS:2019:102, ECLI:ES:TS:2019:103, ECLI:ES:TS:2019:104 y ECLI:ES:TS:2019:105— en las que declaró la abusividad de aquella cláusula contractual que impute al prestatario, de manera genérica e indiscriminada, todos los gastos derivados del otorgamiento, formalización, tramitación, inscripción y cancelación de una escritura pública de préstamo hipotecario concertado entre un profesional y un consumidor, dando un conocimiento público y general de la distribución entre prestamista y prestatario de los gastos derivados de la celebración del contrato; ii) en otros casos, el consumidor buscaba conseguir una estimación íntegra de la demanda de nulidad que asegurase la condena en costas al demandado en el juicio sobre declaración de nulidad —de cuantía indeterminada—, dejando la reclamación de las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula de gastos para un juicio posterior de reclamación de cantidad, que se incoaría cuando existiera más claridad sobre los conceptos que podían reclamarse —juicio de cuantía determinada—. En estos últimos supuestos, el consumidor pretendía evitar que una limitación de los gastos hipotecarios reclamados pudiera dar lugar a una estimación parcial de la demanda, sin condena en costas a ninguno de los litigantes. Véanse los arts. 394.1 y 398.3 LEC.

⁸³ ECLI:ES:TS:2018:848.

procesos posteriores, ante las reclamaciones individuales de los consumidores, cómo se distribuyen en cada caso los gastos e impuestos de la operación»⁸⁴.

3.2. Acción de nulidad... ¿imprescriptible?

La imprescriptibilidad de la acción de nulidad de las cláusulas contenidas en contratos celebrados entre consumidores y profesionales ha sido declarada reiteradamente por la jurisprudencia europea, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020⁸⁵ y 25 de abril de 2024⁸⁶. En la primera, el Tribunal recordó que la protección que la Directiva 93/13/CEE otorga a los consumidores se opone a una normativa interna que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar el carácter abusivo de una cláusula incluida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional⁸⁷.

En Derecho común no existe disposición alguna que establezca con firmeza el carácter imprescriptible de las acciones de nulidad como excepción a la regla general de prescripción de los derechos y acciones de cualquier clase prevista en el artículo 1930 II CC⁸⁸. No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad como un dogma consecuente con la inexistencia *ab origine* del contrato o de una cierta cláusula contractual por contravención de una norma imperativa, asumiendo que lo que no existe no puede ser confirmado ni sanado por ningún acto posterior ni, por ende, convertirse en existente por el mero transcurso del tiempo merced al instituto de la prescripción. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo ya desde antiguo, como demuestra la sentencia de 27 de febrero de 1964⁸⁹, según la cual:

«el mero transcurso del tiempo, no puede cambiar la naturaleza jurídica de los actos que han de evaluarse en Derecho, por lo que, lo inexistente, no alcanza realidad, ni lo ilícito, inmoral o dañoso, al interés público, se purifican de sus defectos, de lo que es consecuencia que no cabe accionar sobre la base de que, lo originariamente inválido, cobró eficacia por la acción del tiempo, que es principio de Derecho que lo nulo o vicioso no convalece por su transcurso»⁹⁰.

⁸⁴ La cursiva es nuestra.

⁸⁵ ECLI:EU:C:2020:578.

⁸⁶ ECLI:EU:C:2024:362.

⁸⁷ En igual sentido, pero con una argumentación más profusa, se pronunció la STJUE de 10 de junio de 2021 — ECLI:EU:C:2021:470—. En el asunto enjuiciado, el Tribunal abordó la abusividad de la cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario según la cual la moneda extranjera era la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago, siendo el efecto perseguido por la cláusula hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio. Según el TJUE, las razones que explican por qué la acción que ejercita un consumidor para que se declare la abusividad de una cláusula incluida en un contrato celebrado con un profesional no puede someterse a plazo de prescripción alguno son las siguientes: i) ex artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, no vincularán al consumidor, en las condiciones previstas por los Ordenamientos nacionales, las cláusulas abusivas contenidas en un contrato celebrado entre aquel y un profesional; ii) partiendo de la naturaleza e importancia del interés público en que consiste la protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE, en el artículo 7.1, impone a los Estados miembros que, en interés de aquellos y de los competidores profesionales, establezcan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. A tal efecto, los órganos jurisdiccionales nacionales deben abstenerse de aplicar cláusulas abusivas en aras de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si este se opone a ello; iii) una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, no pudiendo, por ende, desplegar efectos frente al consumidor. Así pues, a la declaración judicial de abusividad de una cláusula debe seguir, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor si dicha cláusula no hubiera existido nunca. Con base en los motivos expuestos, concluyó el Tribunal de Justicia que, para garantizar una protección efectiva de los derechos que la Directiva 93/13/CEE confiere al consumidor, debe este poder invocar en todo momento el carácter abusivo de una cláusula contractual, no únicamente como medio de defensa, sino también a los efectos de que el juez declare la abusividad de la referida estipulación. Por tanto, la acción de nulidad de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional no puede someterse a plazo de prescripción alguno.

⁸⁸ Cfr. art. 121-2 CCCat y ley 37 FNN. Véase también el art. 1962 PRPC: «Son imprescriptibles las acciones meramente declarativas [...]».

⁸⁹ ECLI:ES:TS:1964:4354.

⁹⁰ Véanse también las SSTs de 5 de junio de 2000 —ECLI:ES:TS:2000:4604—, 14 de noviembre de 2008 —ECLI:ES:TS:2008:7242— y 24 de abril de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:2753—. De esta última se infiere que la acción para declarar la nulidad absoluta o de pleno derecho —en el asunto enjuiciado, se ejercitó una acción de nulidad por simulación absoluta— es imprescriptible, «pues se trata de una nulidad “ipso iure” [por virtud del Derecho, por determinación de la ley], insubsanable y con efectos “erga omnes” [frente a todos]».

En la doctrina, es opinión mayoritaria aquella que aboga por la imprescriptibilidad de la acción de nulidad⁹¹. En este sentido, sostiene ALBALADEJO que las acciones meramente declarativas tendentes a obtener la declaración de nulidad de los actos jurídicos, aunque tienen carácter patrimonial, no se extinguen por prescripción, «ya que no se trata con ellas de ejercitar un derecho (a invalidar, a suprimir efectos) que pudiera extinguirse por el paso del tiempo, sino a poner de relieve que el acto es inválido desde antes y que los efectos realmente no existen»⁹².

Por su parte, CARRASCO PERERA postula que la «verdadera acción declarativa es imprescriptible porque no produce la *externalización* en tercero del contenido de la sentencia estimatoria». La acción declarativa será desestimada cuando explícita o implícitamente incorpore una pretensión o cuando comporte una alteración presente o futura del estado de los títulos jurídicos. La imprescriptibilidad de la acción declarativa no solo no puede comunicarse a la pretensión fundamental —que necesariamente ha de ser prescriptible—, sino que ni siquiera puede mantenerse como tal cuando por la vía de la acción declarativa se quieren conseguir efectos que se externalizan en el contrario en forma de una conducta exigida. Así pues, aun cuando no existiera autonomía de la pretensión restitutoria, la acción de nulidad quedaría sometida al plazo ordinario de prescripción cuando a través de ella se buscara la imposición a la parte demandada de una condena ejecutable. En definitiva, «[l]a pretensión (fundamental) de condena *califica todo el proceso* y contamina la neutralidad de la pretensión de declaración». Al respecto, señala el autor, debe tenerse en cuenta que el ejercicio aislado de la acción de condena lleva implícito el de la declarativa, que no necesita ser formulada expresamente para su estimación. Sobre esta base, rechaza CARRASCO PERERA la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución al tiempo de la firmeza de la sentencia que declare la nulidad de la cláusula abusiva, pues si fuera así «la acción de condena acabaría deviniendo imprescriptible por la vía de un parallogismo vicioso respecto del cómputo del *dies a quo* de aquella acción»⁹³.

Alineándonos, como lo hacemos, con la tesis de la prescripción de pretensiones⁹⁴, consideramos que la debida comprensión de la cuestión planteada debe partir de la siguiente premisa: el objeto de la prescripción lo constituyen las pretensiones materiales, equivalentes a lo que Díez-Picazo denominó facultades de exigir. No prescribe la acción procesal, entendida como *ius persequendi in iudicio*, sino el poder que ostenta el titular de un derecho subjetivo para exigir del sujeto pasivo una determinada conducta activa u omisiva. Por su parte, las facultades meramente declarativas, como lo es el poder de declarar la nulidad de una cláusula contractual, no constituyen pretensiones materiales⁹⁵; dicho de otro modo, tales facultades no conforman el contenido obligacional del derecho ni, por consiguiente, son objeto de prescripción. Consiguientemente, la acción de nulidad no puede plantearse en términos de prescripción, pues queda fuera de su ámbito objetivo de aplicación. Por ello, aunque suele indicarse que la acción de nulidad no prescribe,

⁹¹ Existen, sin embargo, opiniones discrepantes, algunas defendidas por civilistas tan destacados como CARRASCO PERERA, quien sostiene que la acción declarativa de nulidad de una cláusula de gastos comienza a prescribir desde el momento de escriturarse el contrato, pues la escritura es constitutiva de la hipoteca —«A vueltas...», *op. cit.*, pp. 4 y 12—. Aun no compartiendo el parecer del autor, entendemos que, de admitirse su tesis sobre la naturaleza prescriptible de la acción declarativa de nulidad, el *dies a quo* debería determinarlo, en el caso particular de la cláusula de gastos, el acceso de la hipoteca al Registro de la Propiedad —y no la escrituración del contrato—, pues, como sabemos, esta inscripción tiene carácter constitutivo del derecho.

⁹² ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción...*, *op. cit.*, p. 25. Véanse también Díez-Picazo y Ponce de León, *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, p. 80; López y López, *Fundamentos de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 239; Marín López, «La prescripción de...», *op. cit.*, p. 88. Encontramos, no obstante, alguna voz discrepante. Así, Pasquau Liaño defiende que la acción de nulidad prescribe siempre que deba interponerse una acción judicial para destruir la incertidumbre sobre la validez de un contrato. Solo cuando la nulidad del contrato se fundamente en la existencia de defectos o irregularidades que no permitan reconocerlo externamente como tal la acción no prescribirá. En el resto de casos, la acción de nulidad se somete al plazo de prescripción del art. 1964.2 CC, cuyo cómputo se iniciará, *ex art.* 1969 CC, el día en que pueda ejercitarse. Considera el autor que el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de nulidad debe coincidir con la fecha en que la cláusula nula produzca algún efecto que haya de ser removido mediante una acción judicial —*Nulidad y anulabilidad de los contratos*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 277 ss.—. *Vid.* también Pertíñez Vilchez, *op. cit.*, pp. 84-85.

⁹³ CARRASCO PERERA, *Estudios sobre...*, *op. cit.*, pp. 59-60.

⁹⁴ Véase Díez-Picazo y Ponce de León, «En torno al concepto de prescripción», *Anuario de Derecho Civil*, t. XVI, n. 4, 1963, pp. 983 ss.

⁹⁵ Desde el prisma del Derecho civil, la acción de nulidad no constituye una pretensión; si lo es, sin embargo, en términos procesales.

sería más exacto decir, siguiendo a MIQUEL GONZÁLEZ, que «no existe acción de nulidad en el sentido de pretensión, que es lo relevante a efectos de decidir sobre el plazo de prescripción»⁹⁶.

En definitiva, la declaración judicial de nulidad establece que el negocio jurídico litigioso no ha existido, con lo que la acción no da lugar a una sentencia de condena, sino a una que declara solemnemente que el negocio es contrario a la Ley⁹⁷. En consecuencia, lo que prescribe es la facultad de exigir la restitución de lo que se hubiera dado por mor del negocio nulo, pero no la acción de nulidad⁹⁸. Así, es posible que el deudor no pueda reclamar lo pagado en virtud de un negocio nulo por haber prescrito la correspondiente acción, pero que, sin embargo, pueda seguir ejercitando la acción tendente a la declaración de nulidad del negocio. Ahora bien, no debemos perder de vista que el Derecho español solo admite el ejercicio de acciones —en sentido procesal— si quien las interpone tiene interés en ello. Por consiguiente, si la acción de nulidad estuviera justificada únicamente por el interés restitutorio, expirado el lapso temporal legalmente establecido para el ejercicio de la acción de restitución el deudor no podría ni siquiera interponer la acción de nulidad al carecer esta de interés⁹⁹. Así, una vez prescrita la acción de restitución, el deudor solo podrá interponer la acción declarativa si tiene en ella un interés más allá de la devolución de lo pagado por razón del negocio nulo. Por consiguiente, la prescripción de la acción de restitución puede conllevar la muerte de la acción de nulidad, si bien no por prescripción, sino por falta de interés.

No obstante, seguimos a ALBALADEJO cuando afirma que la falta de interés de la acción declarativa no se deriva directa e inmediatamente del transcurso del plazo de prescripción legamente previsto para la acción restitutoria, sino que se requiere que dicha prescripción sea declarada judicialmente. Sostiene su razonamiento el eminente civilista en el hecho de que la prescripción no extingue ni el derecho ni la acción, los cuales subsisten una vez transcurrido el plazo de prescripción legalmente establecido. De esta suerte, los derechos y acciones pueden reclamarse o ejercitarse tras la prescripción y, si el deudor u obligado paga, únicamente está ejecutando lo que debe, y no realizando acto de liberalidad alguno a favor del acreedor. En otros términos, la prescripción no extingue el derecho, pero sí lo debilita, dejándolo a la «buena voluntad» del sujeto pasivo, a quien no se le puede imponer coactivamente, aunque sí puede cumplirlo si desea. En todo caso, lo que queda a voluntad del sujeto pasivo no es el derecho en su integridad, sino el concreto aspecto del mismo que quedaba protegido por la acción prescrita. El mismo ALBALADEJO reconoce que este razonamiento podría entenderse como contradictorio con la subsistencia del derecho. Sin embargo, afirma el autor que «el no poder imponer un derecho no equivale necesariamente a su extinción, aunque sea un estado anormal, de excepcional debilidad del mismo»¹⁰⁰.

3.3. Carácter prescriptible de la acción de restitución

Partiendo de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, algunas Audiencias Provinciales han afirmado el carácter imprescriptible también de la acción de restitución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de una cláusula nula. Según esta tesis, la restitutoria es una segunda acción, autónoma respecto de la acción de nulidad, pero consecuente a la nulidad de la condición general con base en la cual se han realizado los pagos cuya devolución se reclama. De este modo, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad afectaría asimismo a las consecuencias que, ex artículo 1303 CC, se derivan de la declaración de nulidad realizada¹⁰¹.

⁹⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, «La acción de nulidad no es una acción porque no entraña una pretensión», blog *Almacén de Derecho*, entrada del 5 de septiembre de 2017. Disponible en <https://almacendederecho.org/la-accion-nulidad-no-una-accion-no-entraña-una-pretension> (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

⁹⁷ Como señala MIQUEL GONZÁLEZ, cuando se ejercita una acción de nulidad lo único que se pide es una declaración por parte del juez «de lo que es un resultado automático de la Ley» —*id.*—.

⁹⁸ ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción...*, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁹ CAÑIZARES LASO, «La prescripción entre...», *op. cit.*

¹⁰⁰ ALBALADEJO GARCÍA, *La prescripción...*, *op. cit.*, pp. 12 ss. Este razonamiento lo sustenta ALBALADEJO en dos argumentos. En primer lugar, que se adapta mejor a la conciencia social, la cual no suele estimar que el derecho se extinga por el mero transcurso del tiempo e, incluso, valora de manera negativa a quien pretende justificar su falta de cumplimiento únicamente con base en la prescripción. En segundo lugar, explica ciertas cuestiones en materia de prescripción, como los efectos de la misma y la renunciabilidad a la prescripción ganada. Con respecto a esta última, y partiendo de la hipótesis —por él rechazada— de que la prescripción extingue el derecho, se pregunta ALBALADEJO si el antiguo titular volvería a adquirirlo como consecuencia de la mera voluntad de renuncia del sujeto pasivo.

¹⁰¹ Por todas, SSAP de Barcelona de 4 de marzo de 2002 —ECLI:ES:APB:2002:2665—; Girona de 29 de noviembre de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:2049, ECLI:ES:APGI:2023:2037 y ECLI:ES:APGI:2023:2141— y 5 de diciembre de 2023 —

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial imperante, tanto en el ámbito europeo como dentro de nuestras fronteras, es aquella que reconoce carácter prescriptible a la acción de restitución. En este sentido se pronunció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 8 de septiembre de 2022¹⁰², que, con cita de la previa de 10 de junio de 2021¹⁰³, sostuvo que no contraviene los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE una normativa nacional que somete a un plazo de prescripción la acción mediante la cual un consumidor pretende hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva, siempre y cuando el plazo fijado no sea menos favorable que el que se aplica a situaciones internas similares —principio de equivalencia— ni haga imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos que el Ordenamiento de la Unión Europea reconoce a los consumidores —principio de efectividad—. Sobre esta base, el Tribunal concluyó que la protección del consumidor no es absoluta y que la fijación de plazos razonables para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión, siempre que sean materialmente suficientes para permitir al consumidor la preparación e interposición de un recurso efectivo¹⁰⁴.

Sobre la prescriptibilidad de la acción restitutoria se pronunció el Tribunal de Justicia también en la reciente sentencia de 13 de marzo de 2025¹⁰⁵. En el asunto enjuiciado —C-230/24—, el «Banco Santander», como parte demandada, adujo la prescripción de la acción de restitución acumulada a la acción de nulidad por abusiva de una cláusula incorporada a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria que imponía al consumidor el pago de todos los gastos relativos a la celebración del contrato, incluyendo los preparatorios de la operación y las expensas e impuestos ocasionados por la constitución de la hipoteca y su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como los gastos de gestión y los que originase la modificación o cancelación del contrato. En la demanda, MF solicitó, igualmente, la restitución de un importe equivalente a la mitad de los honorarios del notario y a la totalidad de los gastos asociados a la inscripción en el Registro de la Propiedad, incrementado con el interés legal. En la petición de decisión prejudicial que el Juzgado de Primera Instancia número 8 de A Coruña elevó al Tribunal de Justicia manifestó aquel que en el Ordenamiento jurídico español no existe norma ni doctrina jurisprudencial que permita que el plazo de prescripción tendente a la declaración de nulidad de una cláusula contractual sea diferente del aplicable a la acción basada en los efectos de esa declaración. Sobre esta base, el Juzgado albergaba dudas con relación a la posibilidad, a la luz del principio de equivalencia, de aplicar un régimen prescriptivo distinto a la acción que pretende la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula contractual y a la acción basada en los efectos restitutorios de tal declaración. En este contexto, el Juzgado elevó al Tribunal europeo una petición de decisión prejudicial cuestionando el posible quebranto de la Directiva 93/13/CEE y el principio de equivalencia como consecuencia de disociar la acción de nulidad de una cláusula contractual con fundamento en su nulidad y la acción tendente a hacer valer los efectos restitutorios derivados de dicha nulidad —manteniéndose la imprescriptibilidad de la primera y el carácter prescriptible de la segunda— cuando en el Ordenamiento jurídico español no existe norma ni doctrina jurisprudencial que aplique esta distinción a otras relaciones jurídicas.

A la admisibilidad de esta petición de decisión prejudicial se opuso la entidad demandada alegando que el Tribunal de Justicia no disponía de los elementos de Derecho español necesarios para comprobar si se respeta el principio de equivalencia, al no haber identificado con precisión el actor la supuesta norma nacional que se aplicaría de manera más beneficiosa a los recursos basados en el incumplimiento del Derecho interno respecto de los derivados de la vulneración del Ordenamiento de la Unión. En la misma línea, el Gobierno español también planteó dudas —compartidas por la Comisión Europea— sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial poniendo en tela de juicio la premisa sobre la que el órgano remitente sustentó su petición, a saber, la existencia en el Derecho español de una norma o doctrina jurisprudencial que prevea, de manera general, que la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios

ECLI:ES:APGI:2023:2134, ECLI:ES:APGI:2023:2142, ECLI:ES:APGI:2023:2135, ECLI:ES:APGI:2023:2140 y ECLI:ES:APGI:2023:2139—; Granada de 20 de marzo de 2019 —ECLI:ES:APGR:2019:861—; Soria de 8 de marzo de 2021 —ECLI:ES:APSO:2021:79— y 17 de mayo de 2021 —ECLI:ES:APSO:2021:176—; Toledo de 5 de mayo de 2020 —ECLI:ES:APTO:2020:637—.

¹⁰² ECLI:EU:C:2022:646.

¹⁰³ ECLI:EU:C:2021:470.

¹⁰⁴ En la misma línea, SSTJUE de 9 de julio de 2020 —ECLI:EU:C:2020:537—, 16 de julio de 2020 —ECLI:EU:C:2020:578—, 22 de abril de 2021 —ECLI:EU:C:2021:313— y 25 de abril de 2024 —ECLI:EU:C:2024:362—.

¹⁰⁵ ECLI:EU:C:2025:177.

de una declaración de nulidad se somete a igual plazo de prescripción que el aplicable a la acción en virtud de la cual se ha declarado esa nulidad. En esta tesitura, el Tribunal de Justicia, con base en su propia jurisprudencia, admitió la petición de decisión prejudicial, al fundarse en la exégesis o validez de una norma de Derecho de la Unión que resulta pertinente con la resolución que ha de dictar el órgano remitente y que guarda relación con el objeto del litigio principal. No corresponde al Tribunal europeo, en el marco del acuerdo de cooperación establecido en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —TFUE—, cuestionar o comprobar la exactitud de la interpretación que del Derecho interno ha realizado el juez nacional, pues dicha exégesis es competencia exclusiva de este.

Admitida la petición de decisión prejudicial, el Tribunal, como había hecho en pronunciamientos previos, abogó por la compatibilidad con el Derecho de la Unión de un Ordenamiento interno que, aun reconociendo la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, somete la acción restitutoria a un plazo de prescripción, siempre que se respete el principio de equivalencia —amén del de efectividad—, de suerte que ese plazo no sea menos favorable que el que se aplica a situaciones similares de carácter interno. La comprobación de que no se vulnera el principio de equivalencia corresponde realizarla al órgano jurisdiccional remitente, debiendo a tal efecto «comprobar si el ordenamiento jurídico español contempla, en ámbitos diferentes de los cubiertos por la Directiva 93/13, acciones basadas en los efectos de una declaración de nulidad que sean semejantes, desde el punto de vista de su objeto, su causa y sus elementos esenciales, a la ejercitada por MF ante ese órgano jurisdiccional, pero que, según el Derecho o la doctrina jurisprudencial nacional, no estén sometidos sin embargo a un plazo de prescripción comparable al aplicado a esta última acción». En caso afirmativo, continua el Tribunal, «la norma nacional que prevea la aplicación de ese plazo de prescripción a la acción del litigio principal vulneraría el principio de equivalencia». En definitiva, no contravendría los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva un Derecho interno que contemple, en ámbitos diferentes de los cubiertos por la norma comunitaria, acciones basadas en los efectos de una declaración de nulidad que se asemejen, desde la perspectiva de su objeto, causa y elementos esenciales, a la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula contractual y que se sometan a un plazo de prescripción comparable al que se aplica a esta última acción.

Finalmente, en el ámbito nacional, el carácter prescriptible de la acción restitutoria ha sido declarado reiteradamente por el Tribunal Supremo¹⁰⁶, entendiendo que se trata de una acción puramente personal que se somete al plazo de prescripción previsto en el artículo 1964.2 CC, pues resulta esencial garantizar un mínimo de certidumbre a las relaciones jurídicas, que no pueden estar amenazadas por tiempo indefinido¹⁰⁷. Así, por ejemplo, no parece razonable —además de que contradice la regla general de prescripción de toda clase de acciones que consagra el art. 1930 CC— que la acción para reclamar la restitución de las cantidades abonadas por mor de una cláusula de gastos abusiva incluida en un contrato de préstamo hipotecario no se someta a plazo de prescripción alguno, pudiendo reclamarse, con sus intereses, aunque se hayan abonado hace décadas con pleno conocimiento por parte del consumidor.

3.4. Inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución

Partiendo del carácter prescriptible de la acción que ejercita el consumidor para reclamar la devolución de las cantidades indebidamente pagadas en virtud de una cláusula abusiva, nos preguntamos, a continuación, por el *dies a quo* del periodo prescriptivo.

a. Pronunciamientos desde la jurisprudencia menor

El examen de las distintas posturas adoptadas por la denominada jurisprudencia menor sobre la cuestión del *dies a quo* debe partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020¹⁰⁸, que valoró la abusividad de una cláusula que imponía al consumidor el pago de la totalidad de los

¹⁰⁶ Por todas, SSTs de 27 de febrero de 1964 —ECLI:ES:TS:1964:4354— y 30 de diciembre de 2010 —ECLI:ES:TS:2010:7666—. Véanse también los AATS de 20 de julio de 2020 —ECLI:ES:TS:2022:11844A— y 22 de julio de 2021 —ECLI:ES:TS:2021:10157A—.

¹⁰⁷ Este razonamiento lo resume con gran acierto BENDITO CAÑIZARES al afirmar, con base en la doctrina jurisprudencial, «que lo mejor es enemigo de lo bueno», esto es, «que siempre hay que aceptar un mal menor de injusticia cuando hablamos de seguridad, porque la seguridad se refiere no al caso en particular, sino que atiende al orden público» —«Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (primera parte)», *op. cit.*, p. 892—.

¹⁰⁸ ECLI:EU:C:2020:578.

gastos de constitución y cancelación de la hipoteca, los efectos de la declaración de nulidad de dicha estipulación y las facultades del juez nacional con respecto a una cláusula calificada de abusiva. El Tribunal permitió que la acción restitutoria pueda someterse a prescripción siempre que se respete el principio de efectividad, de manera que ni la duración del plazo ni su cómputo inicial hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13/CEE confiere a los consumidores.

Tras este fallo, nuestros juzgados y audiencias se pronunciaron en sentido muy diverso en lo atinente al inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria. Esta disparidad era fuente de indudable inseguridad jurídica, pues el criterio utilizado para la fijación del *dies a quo* dependía del lugar donde se desarrollaba la litis¹⁰⁹. En concreto, pueden distinguirse fundamentalmente los siguientes posicionamientos:

A) La acción restitutoria es imprescriptible:

Por esta tesis abogó la Audiencia Provincial de Girona en las sentencias de 18 de octubre¹¹⁰ y 29 de noviembre de 2018¹¹¹, conforme a las cuales la reclamación de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor se fundamenta en la nulidad de la cláusula —de gastos, en el asunto enjuiciado—, al infringir una norma imperativa y prohibitiva, concretamente, la legislación sobre protección de consumidores y usuarios, que veda la incorporación de cláusulas abusivas a los contratos celebrados con consumidores. Sostuvo la Audiencia que a las acciones de nulidad y restitución no les resulta aplicable el plazo de caducidad que establece el artículo 1301 CC —pues este se refiere a la acción de anulabilidad— ni los plazos de prescripción previstos en la legislación de protección de los consumidores y usuarios —que se refieren a supuestos distintos de las consecuencias de la declaración de una cláusula nula—¹¹².

En igual sentido se pronunció la Audiencia Provincial de Soria en la sentencia de 9 de julio de 2021¹¹³, al afirmar que «la acción para reclamar el reintegro de las cantidades abonadas por la parte actora no está sujeta a ningún plazo ni de prescripción, ni de caducidad». Partiendo de que la acción de nulidad comporta la no vinculación de efecto alguno para el consumidor —como consecuencia legal inherente e inescindible a la declaración de nulidad *ex art.* 1303 CC—, la acción de reclamación de cantidad, aun cuando se ejercite como acción autónoma y acumulada a la principal de declaración de nulidad, no prescribe. Lo contrario, sostuvo la Audiencia, «sería tanto como admitir el vencimiento del contrato, radicalmente nulo, por el transcurso del tiempo»¹¹⁴.

En definitiva, esta tesis aboga por que la restitutoria es una segunda acción, autónoma, pero consecuente de la nulidad de la condición general impugnada, de lo que se deriva su imprescriptibilidad.

B) Inicio del cómputo cuando se declara judicialmente la nulidad de la cláusula:

Sin duda alguna, ha sido esta la línea jurisprudencial mayoritaria entre nuestros juzgados y audiencias, en el entendimiento de que el *dies a quo* del plazo de prescripción debe coincidir con la declaración judicial de nulidad de la concreta cláusula que fundamenta la pretensión restitutoria del consumidor. Como exponente de esta doctrina podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 29 de

¹⁰⁹ En este sentido, señala VILLARRUBIA GONZÁLEZ que, «[d]ependiendo de donde residieras, el criterio era dispar» —«Golpe del TJUE con la Sentencia de 25 de enero de 2024 a la Banca española. Mantiene abierta la vía para la reclamación de los gastos de constitución de hipoteca tras resolver la prescripción de la acción restitutoria por la aplicación de cláusulas abusivas», *Diario LA LEY*, n. 10442, 2024—.

¹¹⁰ ECLI:ES:APGI:2018:1182.

¹¹¹ ECLI:ES:APGI:2018:1417.

¹¹² Esta doctrina se reitera en numerosas SSAP de Girona, pudiendo citarse, entre las más recientes, las de 31 de mayo de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:883—, 13 de octubre de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:1725—, 10 de noviembre de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:1972 y ECLI:ES:APGI:2023:1977— y 5 de diciembre de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:2134, ECLI:ES:APGI:2023:2142, ECLI:ES:APGI:2023:2135, ECLI:ES:APGI:2023:2140 y ECLI:ES:APGI:2023:2139—. Véanse también las SSAP de Barcelona de 4 de marzo de 2002 —ECLI:ES:APB:2002:2665—, Granada de 20 de marzo de 2019 —ECLI:ES:APGR:2019:861— y Toledo de 5 de mayo de 2020 —ECLI:ES:APTO:2020:637—.

¹¹³ ECLI:ES:APSO:2021:248.

¹¹⁴ *Vid.* también las SSAP de Soria de 20 de julio de 2020 —ECLI:ES:APSO:2020:127—, 5 de octubre de 2020 —ECLI:ES:APSO:2020:173—, 13 de octubre de 2020 —ECLI:ES:APSO:2020:180—, 8 de marzo de 2021 —ECLI:ES:APSO:2021:79— y 17 de mayo de 2021 —ECLI:ES:APSO:2021:176—.

septiembre de 2022¹¹⁵, que analizó el plazo de prescripción de la acción restitutoria a la luz de una cláusula contractual que imponía al consumidor el pago de todos los gastos de formalización de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. La Audiencia concluyó que el plazo de prescripción se debe computar desde que se declare la nulidad de la cláusula de gastos, puesto que, hasta ese momento, el consumidor no puede reclamar la devolución de las cantidades indebidamente abonadas. Según la Audiencia, el artículo 1969 CC ha de interpretarse en el sentido de que la prescripción de las acciones que no tengan fijado un plazo especial debe correr, no desde que se puede reclamar teóricamente el reintegro de los gastos en supuestos en los que un acto nulo ha agotado sus efectos —que podría ser cuando se abonan las cantidades a la entidad financiera—, sino desde que se pueden reclamar tales gastos para que los mismos tengan alguna posibilidad de ser resarcidos al consumidor, y esto solo puede ocurrir cuando la cláusula ha sido previamente declarada nula.

Con similar argumentación declaró la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 14 de marzo de 2018¹¹⁶ que, si la acción restitutoria se somete a un periodo prescriptivo, la única forma de garantizar que se respeta el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas que consagra el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE es entender que el plazo comienza una vez obtenida la declaración judicial de nulidad, pues hasta entonces no podrá el consumidor formular su reclamación por mantener la cláusula nula apariencia de eficacia¹¹⁷.

Coincidimos con la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de febrero de 2018¹¹⁸ en que esta solución plantea dos problemas fundamentales. El primero, que tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho¹¹⁹, no siempre es necesario el ejercicio de la acción para declarar la nulidad. Esto ocurre, verbigracia, cuando la entidad de crédito reconoce extraprocesalmente la abusividad de una cláusula contractual, pero no se aviene a restituir al consumidor todo o parte de lo abonado en virtud de la misma. El segundo, que esta solución conlleva el riesgo de convertir la acción restitutoria *de facto* en imprescriptible, dado que su plazo de prescripción no comenzaría a computarse mientras no se declare la nulidad de la cláusula invocada por el consumidor en apoyo de su pretensión restitutoria, no estando la acción de nulidad sujeta a plazo de prescripción alguno¹²⁰. Por su parte, MARÍN LÓPEZ aduce el carácter declarativo de la sentencia de nulidad para rechazar el cómputo del plazo de prescripción desde que se declara judicialmente la nulidad de la cláusula abusiva: la mera concurrencia de la causa de nulidad determina la inexistencia de la cláusula desde el momento de perfección del contrato, al margen de su impugnación judicial, que, en caso de producirse, dará lugar a una sentencia meramente declarativa de dicha nulidad¹²¹.

C) El *dies a quo* lo marca la liquidación de los gastos:

Algunas de nuestras Audiencias Provinciales se han pronunciado a favor de computar el plazo de prescripción de la acción restitutoria desde el día en que se produce el enriquecimiento injusto, *id est*, desde que el consumidor abona las prestaciones indebidas en aplicación de la cláusula abusiva. En este sentido,

¹¹⁵ ECLI:ES:APM:2022:12806.

¹¹⁶ ECLI:ES:APBI:2018:787. Este pronunciamiento fue citado por la propia AP de Vizcaya en dos sentencias de 22 de marzo de 2018 —ECLI:ES:APBI:2018:852 y ECLI:ES:APBI:2018:845—.

¹¹⁷ *Id.* también las SSAP de Barcelona de 5 de octubre de 2022 —ECLI:ES:APB:2022:10197—, Cádiz de 23 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APCA:2022:2721—, Guadalajara de 13 de noviembre de 2023 —ECLI:ES:APGU:2023:591—, Madrid de 25 de enero de 2023 —ECLI:ES:APM:2023:1096—, Málaga de 31 de julio de 2019 —ECLI:ES:APMA:2019:1524—, Murcia de 10 de enero de 2023 —ECLI:ES:APMU:2023:35—, Soria de 22 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APSO:2022:509—, Teruel de 13 de junio de 2023 —ECLI:ES:APTE:2023:102—, Valencia de 29 de mayo de 2023 —ECLI:ES:JPI:2023:2340—, Valladolid de 27 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APVA:2022:2000— y Zamora de 8 de mayo de 2023 —ECLI:ES:APZA:2023:211—.

¹¹⁸ ECLI:ES:APV:2018:1121.

¹¹⁹ *Cfr.* arts. 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación —en adelante, LCGC— y 83 TRLGDCU.

¹²⁰ Dice la Audiencia: «de aceptarse [que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula] no sólo la acción de nulidad sería imprescriptible sino que también lo sería la acción de restitución. Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde el primer momento y para siempre, “de aquí a la eternidad”, resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo». En igual sentido, SAP de Lugo de 2 de mayo de 2019 —ECLI:ES:APLU:2019:295—. En la doctrina, *vid.* MARÍN LÓPEZ, «Las SSTJUE de...», *op. cit.*, p. 134; CARRASCO PERERA, *Estudios sobre...*, *op. cit.*, p. 60.

¹²¹ MARÍN LÓPEZ, «La prescripción de...», *op. cit.*, p. 93.

la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 5 de julio de 2021¹²² tomó como *dies a quo* la fecha en la que el consumidor procedió al desembolso de las expensas abonadas en virtud de una cláusula de gastos abusiva¹²³. Por esta solución abogó también la Audiencia Provincial de Barcelona en la sentencia de 25 de julio de 2018¹²⁴, en virtud de la cual el demandante pudo ejercitar la acción de restitución desde el momento en que hizo efectivos los gastos cuya devolución reclamaba, al tratarse de un supuesto de nulidad, no de un contrato, sino de una cláusula abusiva que desplegó y agotó sus efectos en una fecha concreta ya pasada¹²⁵.

En la misma línea, la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, en la sentencia de 28 de septiembre de 2022¹²⁶, acogió también como *dies a quo* aquel en el que se abonaron los gastos, al entender que a partir de la fecha de pago de la comisión de apertura y demás gastos, o de su liquidación al cliente por la gestoría, resulta razonable considerar que cinco años es tiempo suficiente para que el consumidor pueda ejercitar sus derechos. En este pronunciamiento abogó la Audiencia por el criterio de la razonabilidad para valorar el conocimiento por el consumidor del carácter indebido de las prestaciones satisfechas. En otros términos, no se tuvo en cuenta si el consumidor había tenido un conocimiento real y efectivo de que las cantidades abonadas eran indebidas, sino si el tiempo de prescripción transcurrido era razonablemente suficiente para que un consumidor medio, actuando con la diligencia debida, hubiera conocido tal circunstancia.

La misma Audiencia Provincial de las Islas Baleares fue aún más allá en la sentencia de 16 de febrero de 2022¹²⁷ al declarar que el hecho de que el plazo de prescripción de la acción restitutoria comience con los distintos pagos realizados por el consumidor no hace excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13/CEE le confiere, pues en la fecha en la que el prestatario abonó el importe cuya restitución solicita conocía que había realizado tales pagos y desde ese momento pudo ejercitar su derecho a reclamar la devolución de lo que consideraba indebidamente repercutido. Como podemos comprobar, no aplicó la Audiencia el criterio de la razonabilidad para resolver que el tiempo transcurrido desde los pagos era suficiente a los efectos de que el consumidor hubiera conocido el carácter indebido de las cantidades abonadas, sino que dio por hecho que este conocimiento se había producido. A nuestro juicio, este argumento resulta inadmisibles, habida cuenta de que no puede descartarse que, fijando el *dies a quo* en el momento de la liquidación de los gastos, pueda el plazo de prescripción iniciarse e, incluso, transcurrir íntegramente sin que el consumidor haya conocido ni podido razonablemente conocer la abusividad de la cláusula en virtud de la cual ha abonado las cantidades ahora reclamadas y, por ende, el carácter indebido de las mismas.

Al cómputo del plazo desde la fecha de los pagos indebidos se opuso en varias sentencias la Audiencia Provincial de Cádiz, al entender que la prescripción de la acción restitutoria no puede comenzar en la fecha de la liquidación de los gastos, porque ello supondría convertir *de facto* la acción de nulidad en prescriptible: la declaración judicial de nulidad de la cláusula carecería de utilidad alguna si la acción para hacer valer los efectos restitutorios de tal declaración se somete a un plazo de prescripción cuyo *dies a quo* —a saber, la fecha de los distintos pagos— no garantiza la efectividad de la nulidad y el pleno resarcimiento del consumidor¹²⁸.

Asimismo, puede argumentarse que la oposición de un plazo de prescripción que se compute desde el momento de cada prestación realizada por el deudor, aunque este no tuviera y no pudiera razonablemente tener conocimiento en tales fechas del carácter abusivo de la cláusula por razón de la cual se realizan los pagos, no garantiza al consumidor una tutela efectiva, pudiendo dificultar en exceso el ejercicio por este de

¹²² ECLI:ES:APB:2021:7237.

¹²³ *Id.* también las SSAP de Alicante de 30 de diciembre de 2020 —ECLI:ES:APA:2020:3385—, Barcelona de 23 de enero de 2019 —ECLI:ES:APB:2019:270—, Castellón de 6 de noviembre de 2020 —ECLI:ES:APCS:2020:648—, Islas Baleares de 18 de enero de 2023 —ECLI:ES:APIB:2023:71— y Valencia de 22 de junio de 2021 —ECLI:ES:APV:2021:2519—.

¹²⁴ ECLI:ES:APB:2018:8760.

¹²⁵ En igual sentido, SSAP de Barcelona de 23 de enero de 2019 —ECLI:ES:APB:2019:270— y 5 de abril de 2019 —ECLI:ES:APB:2019:3432—.

¹²⁶ ECLI:ES:APIB:2022:2480.

¹²⁷ ECLI:ES:APIB:2022:192.

¹²⁸ SSAP de Cádiz de 23 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APCA:2022:2721—, 9 de enero de 2023 —ECLI:ES:APCA:2023:1— y 18 de enero de 2023 —ECLI:ES:APCA:2023:17—; Málaga de 31 de julio de 2019 —ECLI:ES:APMA:2019:1524—.

los derechos que la Directiva le confiere¹²⁹. Esta línea argumental sostuvo la Audiencia Provincial de Lugo en la sentencia de 2 de mayo de 2019¹³⁰, en la que, bajo la premisa de que el cómputo del plazo de prescripción de una acción solo se puede iniciar desde que esta puede ejercitarse (*cf.* art. 1969 CC), declaró, con respecto a la acción restitutoria, que el *dies a quo* no puede fijarse en la fecha en la que se abonaron indebidamente los gastos por el consumidor, ya que, tratándose de hipotecas antiguas, este no era conocedor en tal momento ni de la abusividad de la cláusula, ni de su nulidad, ni de las acciones de las que disponía para hacer efectivos sus derechos. Tal solución interpretativa, declaró la Audiencia, «deja al consumidor en una situación de indefensión constriñéndole a una victoria pírrica en la que obtiene una declaración de nulidad estéril o inocua, pues no va más allá de ese efecto mero declarativo sin contenido económico».

D) El plazo de prescripción se computa desde que se consolida la doctrina del Tribunal Supremo sobre la abusividad de una cláusula similar:

Otra corriente entre nuestras Audiencias es aquella según la cual el plazo de prescripción de la acción restitutoria comienza a correr con la convalidación de la doctrina del Tribunal Supremo que declara la nulidad de una determinada cláusula contractual, de manera que pueda entenderse que un consumidor medio y normalmente informado podía haber conocido su derecho¹³¹.

Es este el posicionamiento adoptado por la Audiencia Provincial de Alicante en la sentencia de 22 de diciembre de 2022¹³², que examinó la prescripción de la acción restitutoria a la luz de la abusividad de una cláusula de gastos. Sostuvo la Audiencia que el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución viene determinado por la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015¹³³, primera vez en la que expresamente la jurisprudencia nacional declaró el carácter abusivo de la cláusula sobre gastos, siendo dicha sentencia la base jurídica en la que se apoyaron numerosos procedimientos iniciados por prestatarios consumidores solicitando la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y la restitución de las sumas abonadas indebidamente por mor de la misma¹³⁴.

¹²⁹ SSAP de A Coruña de 23 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APC:2022:3305 y ECLI:ES:APC:2022:3303— y Cádiz de 23 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APCA:2022:2721—.

¹³⁰ ECLI:ES:APLU:2019:295.

¹³¹ SAP de A Coruña de 18 de enero de 2023 —ECLI:ES:APC:2023:90—.

¹³² ECLI:ES:APA:2022:2639.

¹³³ ECLI:ES:TS:2015:5618.

¹³⁴ Esta fue la postura adoptada por el Ministerio de Consumo en una «Nota informativa sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con gastos derivados de las hipotecas y otras cuestiones de ámbito financiero», emitida el 27 de noviembre de 2020. En esta nota informativa, el Ministerio abordó, entre otras cuestiones, la relativa al plazo de prescripción de la acción para reclamar la devolución de las cantidades abonadas en virtud de una cláusula de gastos abusiva. Sobre el particular, el Ministerio señaló que, siguiendo la jurisprudencia europea, el plazo no podría correr mientras el consumidor no pudiese razonablemente haber tenido conocimiento del carácter abusivo de la cláusula. A esto añadió que, en el caso particular de la cláusula de gastos ya declarada abusiva, «se puede entender que se pudo tener conocimiento del carácter abusivo de la misma desde el momento que se hizo pública la Sentencia del Tribunal Supremo [de 23 de diciembre de 2015], el 21 de enero de 2016». *Vid.* MINISTERIO DE CONSUMO, «Nota informativa sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con gastos derivados de las hipotecas y otras cuestiones de ámbito financiero», de 17 de noviembre de 2020, p. 2. Llama la atención que el Ministerio de Consumo diera por válida una de las tesis que pretendían responder al interrogante sobre el cómputo inicial del plazo de prescripción de la acción restitutoria cuando en sede jurisprudencial seguía candente el debate al respecto. En todo caso, debe tenerse en cuenta que la disposición adicional cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estableció que «[l]os plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren». Esto implica que, si el Ministerio de Consumo consideró como *dies a quo* el 21 de enero de 2016, la acción prescribiría —salvo que concurriera alguna de las causas interruptivas del art. 1973 CC—, no el 21 de enero de 2021, sino el 13 de abril de 2021, pues los plazos de prescripción se suspendieron durante los ochenta y dos días que duró el estado de alarma —desde el 14 de marzo hasta el 3 de junio del año 2020—. Véase MARTÍNEZ GÓMEZ, «Se reaviva el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios tras la nota informativa del Ministerio de Consumo de 17.11.2020», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 37, 2011, p. 30. Motivado muy probablemente por las críticas recibidas, el 4 de marzo de 2021 emitió el Ministerio de Consumo una segunda versión de la nota informativa, cuya única diferencia con respecto a la previa radicaba, precisamente, en el hecho de que ya no señalaba a la STS de 23 de diciembre de 2015 como determinante para la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria, adoptando el Ministerio una postura más prudente al declarar que «[e]l Tribunal Supremo no se ha pronunciado todavía sobre el momento en que se tiene que comenzar a computar el plazo de cinco años indicado en nuestro Código Civil, por lo que es recomendable llevar a cabo la reclamación a la mayor brevedad». *Vid.* MINISTERIO DE CONSUMO, «Nota informativa sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con gastos derivados de las hipotecas y otras cuestiones de ámbito financiero (2ª versión)», de 4 de marzo de 2021, p. 2.

En igual sentido, la Audiencia Provincial de Asturias declaró, en sentencias de 16 de enero de 2023¹³⁵, que, por razones de seguridad jurídica, se necesitan una serie de sentencias uniformes sobre la nulidad de la cláusula de gastos para que comience a correr el plazo de prescripción de la acción restitutoria. En otros términos, el inicio del cómputo vendrá determinado por la segunda sentencia del Tribunal Supremo sobre nulidad de la cláusula litigiosa. La misma senda siguió la Audiencia Provincial de Badajoz en las sentencias de 29 de septiembre de 2022¹³⁶ y 21 de diciembre de 2022¹³⁷, según las cuales el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria ha de coincidir con el 23 de enero de 2019, fecha en la que el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó cinco sentencias¹³⁸ en las que declaró la abusividad de toda cláusula contractual que impute al prestatario, de manera genérica e indiscriminada, todos los gastos derivados del otorgamiento, formalización, tramitación, inscripción y cancelación de una escritura pública de préstamo hipotecario concertado entre un profesional y un consumidor, dando un conocimiento público y general de la distribución entre prestamista y prestatario de los gastos derivados de la celebración del contrato¹³⁹. Según la Audiencia, desde tal fecha es razonable entender que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz no pueda desconocer que una cláusula del mismo tipo inserta en el contrato de préstamo hipotecario por él celebrado sea abusiva, adquiriendo así un conocimiento preciso del alcance y límites de su derecho de reintegro y justificando el inicio del cómputo del periodo prescriptivo.

De manera aún más rotunda se pronunció la misma Audiencia Provincial de Badajoz en la sentencia de 8 de octubre de 2020¹⁴⁰ al sostener que, desde el 23 de enero de 2019, el consumidor conocía el carácter abusivo de una cláusula que imputa al prestatario consumidor todos los gastos de una escritura pública de préstamo hipotecario, pudiendo a partir de entonces ejercer la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula.

Ante la duda de si, respecto de la cláusula de gastos, el plazo de prescripción de la acción restitutoria debe fijarse desde la sentencia de 23 de diciembre de 2015 o desde las dictadas el 23 de enero de 2019, todas ellas del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la Audiencia Provincial de Valladolid, en la sentencia de 21 de octubre de 2020¹⁴¹, aplicó indistintamente ambos criterios, al considerar que, «entretanto no se resuelva legislativamente o se fije un criterio que evite la inseguridad jurídica, «parece lógico entender [...] que el plazo debe computarse, bien desde la primera sentencia dictada por el Tribunal Supremo declarativa de la nulidad de la cláusula de gastos, es decir, la de 23 de diciembre de 2015, que además tuvo una amplia resonancia en los medios de comunicación, lo que permitió un conocimiento general de la misma, o bien desde la sentencia de 23 de enero de 2019, en la que se precisan y determinan los criterios de distribución de gastos, sobre los que no existía uniformidad en la doctrina».

Con relación a la cláusula suelo se sigue un criterio similar, si bien la prescripción corre desde el 9 de mayo de 2013, fecha en la que el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó una sentencia¹⁴² en la que se dio público y general conocimiento a la abusividad de la referida cláusula¹⁴³.

Esta doctrina conlleva dos problemas fundamentales. El primero lo pone de relieve la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 16 de febrero de 2022¹⁴⁴, según la cual la jurisprudencia comunitaria no exige que el plazo de prescripción de la acción restitutoria comience a partir del momento en el que el consumidor tiene certeza, con base en un criterio jurisprudencial consolidado, de la abusividad de la cláusula, pues ello implicaría admitir que no están sujetas a plazo de prescripción alguno las acciones que versen sobre materias respecto de las cuales no existe aún pronunciamiento del Tribunal Supremo. El

Disponible en https://www.dsca.gob.es/sites/default/files/consumo_masinfo/preguntasFrecuentesGastosHipotecarios.pdf (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

¹³⁵ ECLI:ES:APO:2023:60, ECLI:ES:APO:2023:69 y ECLI:ES:APO:2023:64.

¹³⁶ ECLI:ES:APBA:2022:1283.

¹³⁷ ECLI:ES:APBA:2022:1720.

¹³⁸ ECLI:ES:TS:2019:101, ECLI:ES:TS:2019:102, ECLI:ES:TS:2019:103, ECLI:ES:TS:2019:104 y ECLI:ES:TS:2019:105.

¹³⁹ Véanse también las SSAP de Lugo de 17 de septiembre de 2020 —ECLI:ES:APLU:2020:607—, 11 de enero de 2021 —ECLI:ES:APLU:2021:19— y 23 de febrero de 2021 —ECLI:ES:APLU:2021:118—.

¹⁴⁰ ECLI:ES:APBA:2020:1151.

¹⁴¹ ECLI:ES:APVA:2020:1325.

¹⁴² ECLI:ES:TS:2013:1916.

¹⁴³ SAP de Badajoz de 28 de septiembre de 2022 —ECLI:ES:APBA:2022:1247—.

¹⁴⁴ ECLI:ES:APIB:2022:192.

segundo problema se produce al asumir que la población en general es conocedora de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la abusividad de las cláusulas contractuales. Esto no siempre será así, con lo que cabe la posibilidad de que la acción reparatoria prescriba sin que el consumidor conozca el carácter abusivo de la cláusula ni, por ende, el derecho que tiene a la restitución de las cantidades abonadas en aplicación de la misma¹⁴⁵. Esta circunstancia determina, según algunas Audiencias, que resulte extremadamente difícil para el consumidor el ejercicio de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE, vulnerándose así el principio de efectividad¹⁴⁶. A esta crítica se opuso la Audiencia Provincial de Tarragona en la sentencia de 28 de septiembre de 2022¹⁴⁷, al afirmar que es el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, como personaje central del proceso por condiciones generales, el que se ve afectado por las resoluciones que determinan la nulidad de las cláusulas y su derecho al rescate, lo que constituye el punto de partida decisivo en la materia. Sin embargo, aun tomando como referencia al consumidor medio, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 28 de septiembre de 2022¹⁴⁸ rechazó la fijación del *dies a quo* en la fecha en la que el Tribunal Supremo estableció la doctrina sobre la imputación de gastos en las cláusulas nulas con las precitadas sentencias de 23 de enero de 2019 dada la dificultad para el consumidor medio de acceder a tal información, la cual, además, exige una valoración jurídica¹⁴⁹.

b. STJUE de 25 de enero de 2024

El análisis del pronunciamiento de referencia lo vamos a estructurar en tres apartados en los que expondremos, por este orden, los antecedentes fácticos del asunto enjuiciado, las cuestiones prejudiciales que el órgano nacional remitente elevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, finalmente, la doctrina contenida en la sentencia.

A) Antecedentes fácticos:

Los hechos de los asuntos C-810/21 a C-812/21 guardan una estrecha similitud entre sí, razón por la cual los vamos a explicar conjuntamente. En todos ellos, un consumidor celebró un contrato de préstamo hipotecario con una entidad de crédito incluyéndose una cláusula que imponía al prestatario consumidor el pago de los gastos de formalización del préstamo. Tiempo después de ser abonada la última factura derivada del contrato —gastos de notaría, registro y gestión—, el prestatario interpuso una demanda de nulidad de la cláusula de gastos y reclamó la devolución de los importes satisfechos indebidamente por mor de esta. La entidad de crédito se opuso a la demanda alegando la prescripción de la acción reparatoria por el transcurso del plazo de diez años previsto por la legislación catalana —art. 121-20 CCCat—. El Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona desestimó la excepción de prescripción y condenó a la entidad prestamista a pagar al consumidor prestatario las cantidades abonadas en concepto de gastos de formalización del contrato. Finalmente, la entidad de crédito recurrió en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, órgano remitente de las peticiones de decisión prejudicial resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 25 de enero de 2024 ahora analizada¹⁵⁰.

¹⁴⁵ En este sentido, declaró la AP de Madrid en la sentencia de 29 de septiembre de 2022 —ECLI:ES:APM:2022:12806— que, aun cuando en tal fecha existía, por su repercusión mediática, un conocimiento bastante amplio de las sentencias dictadas por el TS en materia de abusividad de las condiciones generales de la contratación, no podía asumirse que esa jurisprudencia era conocida por la población en general. Además, señaló la SAP de Valencia de 1 de febrero de 2018 —ECLI:ES:APV:2018:1121— la posibilidad de que, con anterioridad al establecimiento por el Supremo de la doctrina sobre la abusividad de una cierta cláusula contractual, en instancias inferiores se hubiera declarado la nulidad por abusiva de una estipulación similar, lo que determinaba que pudiese haber consumidores que ya hubieran ejercitado las acciones tanto de nulidad como de restitución.

¹⁴⁶ Por todas, SSAP de Valencia de 1 de febrero de 2018 —ECLI:ES:APV:2018:1121— y Madrid de 29 de septiembre de 2022 —ECLI:ES:APM:2022:12806—.

¹⁴⁷ ECLI:ES:APT:2022:1589.

¹⁴⁸ ECLI:ES:APIB:2022:2480.

¹⁴⁹ *Vid.* también la SAP de Islas Baleares de 12 de enero de 2023 —ECLI:ES:APIB:2023:69—.

¹⁵⁰ A continuación, señalamos las fechas de los hechos relevantes para el cómputo del plazo de prescripción en cada uno de los asuntos de los que conoce el TJUE en el pronunciamiento de referencia: i) celebración del contrato de préstamo: 4 de febrero de 2004 —C-810/21—, 20 de enero de 2004 —C-811/21— y 17 de diciembre de 2004 —C-812/21—; ii) abono de la última factura: 4 de mayo de 2005 —C-810/21—, 15 de marzo de 2004 —C-811/21— y 18 de marzo de 2005 —C-812/21—; iii) interposición de la demanda de nulidad: 16 de enero de 2018 —C-810/21 y C-811/21— y 12 de septiembre de 2017 —C-812/21—; iv) sentencia de primera instancia: 23 de septiembre de 2020 —C-810/21— y 25 de septiembre de 2020 —C-811/21 y C-812/21—.

El asunto C-813/21 se diferencia de los anteriores, además de en el hecho de que los prestatarios reclamaron extrajudicialmente a la entidad —sin resultado—, en que el Juzgado de Primera Instancia número 50 de Barcelona estimó la excepción de prescripción planteada por la entidad de crédito, siendo los prestatarios quienes recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁵¹.

B) Planteamiento de las cuestiones prejudiciales:

Mediante auto de 9 de diciembre de 2021¹⁵², la Audiencia Provincial de Barcelona planteó las cuestiones prejudiciales resueltas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 25 de enero de 2024. La Audiencia partió de la precitada sentencia del Tribunal europeo de 16 de julio de 2020, que, recordamos, admitió que la acción restitutoria pueda someterse a prescripción siempre que se respete el principio de efectividad, de manera que ni la duración del plazo ni el inicio de su cómputo hagan imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13/CEE confiere a los consumidores. La Audiencia no albergó dudas de que el plazo de prescripción que establece el artículo 121-20 CCCat no vulnera el principio de efectividad, entendiendo que diez años son suficientes para que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo. Más problema, sin embargo, planteó a la Audiencia la determinación del *dies a quo*, pues, según la jurisprudencia europea, no solo la duración del plazo de prescripción, sino también su cómputo, deben permitir al consumidor tomar conciencia de la incorporación a su contrato de una cláusula abusiva e interponer la correspondiente demanda para que se declare su nulidad.

Con relación a la cláusula de gastos, la Audiencia observó que la misma agota sus efectos con el pago por el consumidor de la última factura relativa a tales gastos. Sin embargo, la jurisprudencia europea rechazó que el cómputo del plazo de prescripción para reclamar las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de una cláusula de gastos abusiva pueda iniciarse en la fecha en que se producen los distintos pagos indebidos —*id est*, cuando tenga lugar el enriquecimiento injusto por el prestamista— porque ello vulneraría el principio de efectividad, ya que el periodo prescriptivo podría iniciarse antes de que el consumidor efectuara todos los pagos.

La Audiencia se preguntó, asimismo, si el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de una cláusula contractual debe recaer solo sobre los elementos de hecho que justifican la abusividad o si abarca también la valoración jurídica de tales hechos. En la primera hipótesis, la Audiencia entendió que, con relación a la cláusula de gastos —que agota sus efectos al tiempo de producirse el pago por el consumidor—, el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria podría coincidir con la fecha del enriquecimiento injusto. Esta solución no sería admisible si se exige que el consumidor conozca también la valoración jurídica de los elementos de hecho que justifican la abusividad de una cláusula contractual, en cuyo caso habría que determinar, además, qué información debe tener a su disposición el consumidor para estar en condiciones de realizar esa valoración jurídica. En particular, la Audiencia se preguntó si la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada permite al consumidor español tener pleno conocimiento, desde una perspectiva jurídica, del carácter abusivo de una cláusula contractual.

Por último, la Audiencia manifestó que debería aclararse si el conocimiento por el consumidor del carácter abusivo de una cláusula ha de adquirirse antes de que, según la normativa nacional, comience el cómputo del plazo de prescripción o antes de que expire el mismo. A tal efecto, precisó la Audiencia que la duración del plazo de prescripción que para la acción restitutoria establece el CCCat —art. 121-20— es de diez años, en contraposición a la duración de cinco años que para dicha acción contempla el artículo 1964.2 CC. Por otro lado, afirmó la Audiencia que el ejercicio de la acción se ve favorecido en el Derecho común, donde, a diferencia de en el Ordenamiento catalán, la reclamación extrajudicial del acreedor interrumpe el plazo de prescripción, lo que determina que este comience a correr de nuevo en toda su extensión.

¹⁵¹ Fechas clave para el cómputo del plazo de prescripción: 14 de julio de 2006 —celebración del contrato de préstamo—, 4 de octubre de 2006 —abono de la última factura—, 15 de noviembre de 2017 —reclamación extrajudicial—, 15 de diciembre de 2017 —interposición de la demanda de nulidad— y 11 de enero de 2021 —sentencia de primera instancia—.

¹⁵² ECLI:ES:APB:2021:9350A.

En estas circunstancias, la Audiencia Provincial de Barcelona decidió suspender los procedimientos y plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) a) En el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de una cláusula que impone al prestatario los gastos de formalización del contrato, ¿es compatible con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva [93/13/CEE] someter el ejercicio de la acción a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que la cláusula agota sus efectos con la liquidación del último de los pagos, momento en el que el consumidor conoce los hechos determinantes de la abusividad o es necesario que el consumidor disponga de información añadida sobre la valoración jurídica de los hechos?

b) De ser necesario el conocimiento de la valoración jurídica de los hechos, ¿debe supeditarse el inicio del cómputo del plazo a la existencia de un criterio jurisprudencial consolidado sobre la nulidad de la cláusula o el tribunal nacional puede tomar en consideración otras circunstancias distintas?

2) Estando sujeta la acción restitutoria a un plazo largo de prescripción de diez años, ¿en qué momento debe el consumidor estar en condiciones de conocer el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva [93/13/CEE], antes de que el plazo de prescripción empiece a correr o antes de que el plazo expire?»¹⁵³.

C) Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

En ausencia de normas de la Unión Europea en la materia, corresponde a cada Estado, en virtud del principio de autonomía procesal, regular los recursos judiciales destinados a garantizar los derechos que el Ordenamiento de la Unión reconoce a los justiciables. Dicha regulación, sin embargo, no puede ser menos favorable que la que resulta aplicable a situaciones similares regidas por el Derecho interno del Estado correspondiente —principio de equivalencia— ni hacer imposible o muy difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el Ordenamiento de la Unión —principio de efectividad—.

En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya ha afirmado que un Derecho nacional, aun cuando reconozca el carácter imprescriptible de la acción de nulidad de una cláusula contractual, no se opone al primer apartado de los artículos 6 y 7 Directiva 93/13/CEE cuando somete la acción de restitución a un plazo de prescripción, siempre que este respete los principios de equivalencia y efectividad¹⁵⁴. Esto último dependerá de dos variables, a saber, la duración del plazo de prescripción y sus modalidades de aplicación, incluyendo el mecanismo previsto para la determinación del *dies a quo*.

Por lo que a la duración del plazo de prescripción respecta, debe este ser suficiente para que el consumidor pueda preparar e interponer un recurso efectivo en aras de hacer valer los derechos que le reconoce la Directiva, lo que exige que el consumidor conozca sus derechos antes de que el cómputo del plazo se inicie o expire. A juicio del Tribunal europeo, para que las normas internas por las que se rige un plazo de prescripción sean conformes con el principio de efectividad no es suficiente con que establezcan que el consumidor debe conocer los elementos de hecho que justifican el carácter abusivo de la cláusula, sino también que tenga conocimiento de los derechos que le confiere la Directiva 93/13/CEE y que disponga de tiempo bastante para preparar e interponer un recurso efectivo tendente a salvaguardar tales derechos. Sobre esta base, sostuvo el Tribunal que el Derecho catalán infringe el principio de efectividad porque, para que se inicie el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria, solo exige que el consumidor conozca los hechos determinantes del carácter abusivo de la cláusula contractual, pero no que sea conocedor también de los derechos que le reconoce la Directiva ni que tenga tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo.

¹⁵³ Extracto reproducido de la STJUE de 25 de enero de 2024.

¹⁵⁴ El Tribunal europeo no impone que la acción de restitución haya de sujetarse a un plazo de prescripción, con lo que puede perfectamente ser imprescriptible. Ahora bien, si el legislador estatal decide someter la acción al instituto de la prescripción, el plazo, para ser conforme con el Derecho de la Unión, debe respetar los principios de equivalencia y efectividad. En este sentido, GARCÍA GUTIÉRREZ, «*Dies a quo* en la acción restitutoria de los gastos hipotecarios: estado de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (acumuladas C-810/21 y C-813/21)», *Diario LA LEY*, n. 10443, 2024.

Seguidamente, el Tribunal europeo se preguntó si, para que se cumpla con el principio de efectividad, el consumidor debe tener conocimiento del carácter abusivo de una cláusula y de los derechos que le confiere la Directiva antes de que comience a correr el plazo de prescripción de la acción restitutoria o antes de que este expire¹⁵⁵. Al interpretar el Derecho de la Unión para valorar la compatibilidad de una norma procesal nacional con el principio de efectividad, el Tribunal de Justicia debe tomar en consideración todos los datos pertinentes del Ordenamiento jurídico interno que le ha proporcionado el órgano jurisdiccional remitente, y no una única norma que regule aisladamente alguno de los aspectos del plazo de prescripción de que se trate. Así, es posible que el Derecho nacional contemple que el cómputo del plazo de prescripción no se inicie hasta que el consumidor conozca los elementos fácticos que determinan el carácter abusivo de una cláusula y los derechos que la Directiva reconoce al consumidor, pero si la duración del plazo prevista no es suficiente para que este pueda preparar e interponer un recurso efectivo resultará vulnerado el principio de efectividad. De igual modo, si el Derecho interno de un Estado miembro establece que el plazo de prescripción de la acción restitutoria comienza a correr aun cuando el consumidor ignore el carácter abusivo de la cláusula, la norma nacional será respetuosa con el principio de efectividad siempre que se cumplan las siguientes dos exigencias: de un lado, que el consumidor conozca o pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula antes de que el periodo prescriptivo expire y, de otro lado, que desde que el consumidor conozca o pueda razonablemente conocer la valoración jurídica de los hechos disponga de tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo antes de que se consume la prescripción.

Al tiempo que, como mínimo, debe transcurrir entre el momento en el que el consumidor tiene conocimiento real o potencial del carácter abusivo de la cláusula y aquel en el que expira el plazo de prescripción se le denomina periodo de seguridad. Si, una vez llegado el tramo final del periodo prescriptivo el consumidor aún ignora la valoración jurídica de los hechos que fundamentan su pretensión, el plazo se detendrá, reanudándose con el conocimiento o cognoscibilidad razonable de la abusividad de la cláusula. En nuestra opinión, esta hipótesis debería configurarse como un supuesto de suspensión de la prescripción: si, respetando el referido periodo de seguridad, el plazo puede comenzar a correr aun cuando el consumidor ignore y no pueda razonablemente conocer que la cláusula en virtud de la cual ha abonado las cantidades es abusiva, cuando el consumidor conozca dicha circunstancia no será necesario reiniciar el plazo de prescripción, siendo suficiente con que se reanude por el tiempo que dure el periodo de seguridad¹⁵⁶.

Otra posible solución respetuosa con el principio de efectividad sería posponer la consumación del periodo prescriptivo, de manera que el cómputo del plazo podría iniciarse e, incluso, expirar sin que el consumidor hubiese podido razonablemente conocer la valoración jurídica de los hechos. Sin embargo, la acción no prescribiría hasta que, una vez que el consumidor haya tenido un conocimiento real o potencial de la abusividad de la cláusula, transcurra el periodo de seguridad. Se trata del denominado «vencimiento diferido», institución desconocida en Derecho español, pero admitida por diversos textos armonizadores, como los PECL —art. 14:305— y el DCFR —art. III-7:205—.

¹⁵⁵ La STJUE de 25 de enero de 2024 no impuso que para que el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria comience el consumidor conozca o pueda razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula. De hecho, al no tratarse de una materia armonizada en la Directiva 93/13/CEE ni tener ningún otro soporte competencial, no puede el Tribunal europeo fijar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción restitutoria —REYES LÓPEZ, *op. cit.*, p. 397—. Por el contrario, corresponde a los Estados miembros la determinación del momento inicial de cómputo del periodo prescriptivo y, en ejercicio de dicha competencia, pueden configurar el conocimiento o cognoscibilidad razonable del carácter abusivo de la cláusula como requisito del *dies a quo*, respetando tal exigencia el principio de efectividad. Sin embargo, la Directiva 93/13/CEE se cumple igualmente si el plazo comienza a correr antes de que el consumidor conozca o pueda razonablemente conocer la valoración jurídica de los hechos, siempre que entre el momento en el que dicho conocimiento real o potencial tiene lugar y la terminación del plazo el consumidor disponga de tiempo suficiente para la preparación e interposición de un recurso efectivo —periodo de seguridad—. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, «Las SSTJUE de...», *op. cit.*, pp. 83 ss.

¹⁵⁶ El TJUE no ha concretado la duración que ha de tener este periodo de seguridad, correspondiendo a los Estados miembros tal decisión. Lo que sí ha exigido el Tribunal europeo es que se respete el principio de efectividad, lo que impone que el consumidor disponga de tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. La STJUE de 15 de diciembre de 2011 —ECLI:EU:C:2011:844— avaló la conformidad con el Derecho de la Unión de un plazo de prescripción de dos años. Sobre esta base, y habida cuenta de que el periodo de seguridad es, por definición, más corto que el plazo de prescripción —de hecho, es la parte final del mismo—, resulta compatible con el principio de efectividad un periodo de seguridad de dos años de duración. Incluso, defiende MARÍN LÓPEZ que en España podría durar el periodo de seguridad un solo año y seguiría respetándose el Derecho de la Unión, puesto que el consumidor podría interrumpir la prescripción con una simple reclamación extrajudicial —art. 1973 CC—, que puede hacerse sin grandes esfuerzos ni un tiempo excesivo. No obstante, el autor termina abogando por la conveniencia de fijar en dos años la duración del periodo de seguridad como medida para garantizar el respeto del principio de efectividad ante la dificultad que conlleva acreditar que el consumidor pudo conocer el carácter potencialmente abusivo de la cláusula. *Vid.* MARÍN LÓPEZ, «Las SSTJUE de...», *op. cit.*, pp. 129 ss.

Con base en lo anterior, el Tribunal resolvió la primera parte de la primera cuestión prejudicial y la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que el apartado 1 de los artículos 6 y 7 Directiva 93/13/CEE, en relación con el principio de efectividad, se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional en virtud de la cual, a raíz de la anulación por abusiva de una cláusula contractual que impone al consumidor todos los gastos de formalización de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, la acción de restitución se somete a un plazo de prescripción de diez años a contar desde que dicha estipulación agota sus efectos con el pago por el consumidor del último de los gastos, sin que se considere pertinente que el consumidor conozca la valoración jurídica de los hechos.

Por lo que a la segunda parte de la primera cuestión prejudicial respecta, el Tribunal de Justicia partió de la situación de preponderancia en la que se encuentra el profesional con relación al consumidor en lo referido al nivel de información del que disponen tanto en la fase de negociación como tras la celebración del contrato. Así pues, cuando existe una jurisprudencia nacional consolidada que reconoce el carácter abusivo de una cierta cláusula tipo, cabe esperar que las entidades bancarias la conozcan y actúen en consecuencia¹⁵⁷. Sobre esta base, el Tribunal declaró que contraviene la Directiva una interpretación jurisprudencial del Derecho interno según la cual, para determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades indebidamente pagadas por mor de una cláusula abusiva, puede considerarse que la existencia de una jurisprudencia nacional consolidada sobre la nulidad de cláusulas similares constituye una prueba de que se cumple la exigencia relativa al conocimiento por el concreto consumidor del carácter abusivo de la estipulación y de las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación, pues «no cabe presumir que la información de que dispone el consumidor, menor que la del profesional, incluya el conocimiento de la jurisprudencia nacional en materia de derechos de los consumidores, por más que dicha jurisprudencia esté consolidada»¹⁵⁸.

Tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, la Audiencia Provincial de Barcelona, como órgano proponente de las peticiones de decisión prejudicial, tuvo que incorporar la doctrina del Tribunal europeo a los procedimientos suspendidos. Fruto de ello es la sentencia de 15 de marzo de 2024¹⁵⁹, en la que la Audiencia fijó a principios del año 2017 el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción reparatoria, en el entendimiento de que, en dicho momento, un consumidor medio y debidamente informado podía conocer la litigación masiva que estaba generando la cláusula de gastos con el auspicio de importantes campañas publicitarias desplegadas en los medios de comunicación por asociaciones de consumidores y despachos profesionales en la búsqueda de potenciales clientes. A este pronunciamiento formuló el magistrado don Luis Rodríguez Vera un voto particular en el que, con algunas adaptaciones, mantuvo el criterio sostenido por la Audiencia en su jurisprudencia anterior. En este sentido, el magistrado postuló, en contra del parecer mayoritario de la Sala, que lo que establecía el Tribunal de Justicia no era que el cómputo del plazo no comenzará entretanto el consumidor no conozca o no pueda razonablemente conocer empleando la diligencia debida los hechos que fundamentan su pretensión, sino que dicho conocimiento real o potencial sea anterior al momento en el que el plazo expire, y siempre que el consumidor disponga de tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo. Sobre esta base, el magistrado fijó el

¹⁵⁷ Compartimos el cuestionamiento de REINHART SCHULLER sobre la conducta que debe esperarse de las entidades de crédito cuando el tribunal supremo nacional haya sentado su doctrina sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula tipo: «¿A qué se refiere que deban actuar en consecuencia? ¿Podría interpretarse este hecho en que reconozcan las pretensiones del consumidor una vez que se produzca la reclamación extrajudicial? ¿Acaso que deban notificarle, una vez exista jurisprudencia consolidada, de la posibilidad de reclamación? El alcance de esta afirmación resulta difícil de descifrar, pues según el sentido que se pretenda atribuirle, la incidencia en la prescripción será una u otra». Véase REINHART SCHULLER, «Gastos hipotecarios: sobre el *dies a quo* tras las sentencias del TJUE», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 803, 2024, p. 1850. Estos interrogantes han sido resueltos en materia de costas, donde la STS de 25 de abril de 2024 —ECLI:ES:TS:2024:2040— impuso a las entidades financieras un deber proactivo ante el conocimiento de la existencia de una jurisprudencia clara y constante que declare la nulidad de una cláusula. Esta exigencia se traduce en la necesidad de que tales entidades, lejos de esperar al requerimiento del consumidor para reaccionar a él, tomen la iniciativa dirigiéndose a este en aras de paliar las consecuencias de su conducta ilícita.

¹⁵⁸ En sentido opuesto se posiciona CARRASCO PERERA cuando «da por buena» la tesis conforme a la cual el consumidor tiene la carga razonable de conocer la jurisprudencia a medida que se publica en la página web del Consejo General del Poder Judicial. Véase CARRASCO PERERA, «A vueltas...», *op. cit.*, p. 3. Por su parte, entiende DURÁN RIVACOBÁ que el discurso del Tribunal de Justicia se basa en una concepción del consumidor como sujeto vulnerable y una actitud paternalista ya superada, lo que determina que el análisis subjetivo se imponga con exiguos resultados. *Vid.* DURÁN RIVACOBÁ, «La viabilidad de la prescripción (Acerca del *dies a quo* en su cómputo para las acciones reparatorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva)», *Diario LA LEY*, n. 10448, 2024.

¹⁵⁹ ECLI:ES:APB:2024:348. Para un análisis de esta sentencia, *vid.* MARÍN LÓPEZ, «Las SSTJUE de...», *op. cit.*, pp. 90 ss.

inicio del cómputo del plazo en la fecha de liquidación de los gastos, si bien atendiendo a las reclamaciones extrajudiciales como medio de cognoscibilidad que permitiría adelantar el *dies a quo*¹⁶⁰. Al respecto, sostiene el magistrado:

«Si antes de que expire el plazo y con tiempo suficiente, el consumidor ya había planteado una reclamación extrajudicial, al mismo Banco, *respecto de otras de las cláusulas generales del mismo o similar contrato* pidiendo su nulidad por ser abusivas, creo que podríamos afirmar que un consumidor medio, en dichas circunstancias, sería consciente de los derechos que la Ley le ofrece para impugnar la cláusula litigiosa»¹⁶¹.

En los asuntos enjuiciados, los actores procedieron al pago de la totalidad de los gastos del contrato el 4 de octubre de 2006. Sin embargo, uno de los demandantes formuló el 7 de noviembre de 2013 una reclamación extrajudicial al banco para que reconociera la ineficacia por abusiva de la cláusula suelo del mismo contrato de préstamo con garantía hipotecaria, solicitando también que le fuera devuelto el dinero que había pagado en exceso. Con estos hechos, el magistrado llegó a la conclusión de que el actor conocía sus derechos desde la fecha en que formuló la reclamación extrajudicial y que, restando aún más de dos años desde esa fecha hasta expirar el plazo de prescripción de diez años —computado desde el abono de los gastos—, disponía aquel de tiempo suficiente para ejercitar sus acciones o, al menos, presentar una reclamación extrajudicial que hubiera interrumpido la prescripción. Este razonamiento es criticado por MARÍN LÓPEZ en unos términos que, por su claridad expositiva, merecen ser reproducidos literalmente:

«Conviene destacar que el conocimiento sobre la posible abusividad ha de predicarse de una concreta cláusula, al margen de las demás cláusulas del contrato. Como los ejemplos expuestos ponen de manifiesto, para la cláusula suelo existe un escenario de litigación sobre su abusividad desde la STS 9.5.2013, y sin embargo en esa fecha no existe ese escenario en relación con la comisión de apertura. Cada cláusula lleva su propio desarrollo “judicial”, incluso aunque esas cláusulas estén incluidas en el mismo contrato de préstamo hipotecario. Por esa razón no puede compartirse el voto particular de la SAP Barcelona 62/2024, de 15.3.2014, cuando afirma que en el caso enjuiciado el consumidor ya había formulado una reclamación extrajudicial contra el mismo banco por la cláusula suelo, y que por eso desde ese instante el consumidor podía conocer el carácter abusivo de la cláusula de gastos (ap. 29 del voto particular). A mi juicio, que un consumidor conozca el carácter potencialmente abusivo de la cláusula suelo (porque existe ya un escenario de litigación sobre su abusividad) en una fecha no significa que pueda conocer el carácter potencialmente abusivo de las demás cláusulas de ese contrato. El conocimiento potencial de la abusividad puede ser distinto (y de hecho lo es) de unas cláusulas a otras»¹⁶².

Compartimos plenamente el razonamiento de MARÍN LÓPEZ: la existencia de un escenario de litigación sobre la abusividad de una cierta cláusula permite al consumidor conocer el carácter potencialmente abusivo de dicha estipulación, pero no del resto de cláusulas de ese contrato. Sin embargo, lo que sostuvo el magistrado don Luis Rodríguez Vera es que la formulación de una reclamación extrajudicial sobre la abusividad de una cláusula determinada permite afirmar que un consumidor medio en tales circunstancias sería consciente de los derechos que le ofrece la Ley para impugnar la cláusula abusiva. Como podemos comprobar, el magistrado dedujo de la reclamación extrajudicial sobre la abusividad de una cláusula el conocimiento por el consumidor de sus derechos, y no del carácter potencialmente abusivo del resto de cláusulas incluidas en el contrato. En nuestra opinión, el razonamiento del magistrado, aun pudiendo ser

¹⁶⁰ En este sentido, señala MATE SATUÉ que las reclamaciones extrajudiciales presentadas ante los servicios de atención al cliente sirven de prueba de la cognoscibilidad por el prestatario tanto de los hechos que fundamentan su pretensión como de la valoración jurídica de la cláusula y de sus efectos, resultando determinantes, por consiguiente, para el inicio del plazo de prescripción. *Vid.* MATE SATUÉ, *op. cit.*, pp. 1984-1985. En la misma línea, postula CARRASCO PERERA que “si el consumidor ha interrumpido el curso de prescripción mediante reclamación extrajudicial, el nuevo curso prescriptivo (que podrá nuevamente interrumpirse por burofax) comienza a todos los efectos el día en que el requirente *hubiera podido razonablemente esperar una respuesta del financiador*», estimando el autor que dos semanas es un lapso de espera razonable a tal efecto. De esta forma, concluye CARRASCO PERERA: «A partir del momento en que el consumidor ha modificado el *status quo* mediante su reclamación, ya no podrá decirse que el plazo no empezaría en ningún caso a correr antes de la firmeza de la sentencia declarativa de nulidad que eventualmente pueda dictarse en el futuro, es decir que hubiera estado reclamando extrajudicialmente el cumplimiento de una deuda que no se debía» —*Estudios sobre...*, *op. cit.*, pp.60-61—.

¹⁶¹ La cursiva es nuestra.

¹⁶² MARÍN LÓPEZ, «Las SSTJUE de...», *op. cit.*, p. 144.

cierto, resulta incompleto, no cumpliendo con las directrices que el Tribunal de Justicia marcó en la sentencia de 25 de enero de 2024 para que las normas internas por las que se rige un plazo de prescripción sean conformes con el principio de efectividad, a saber, que establezcan que el consumidor debe conocer los elementos fácticos que justifican el carácter abusivo de la cláusula y los derechos que le confiere la Directiva 93/13/CEE, disponiendo además de tiempo suficiente para preparar e interponer un recurso efectivo en aras de salvaguardar sus derechos. De la presentación de una reclamación extrajudicial sobre la abusividad de una cláusula suelo podría quizás inferirse el conocimiento por el consumidor de los derechos que le reconoce la Directiva, pero en modo alguno, en línea con lo que afirma MARÍN LÓPEZ, puede deducirse el carácter potencialmente abusivo de una cláusula de gastos o cualquier otra incluida en ese mismo o similar contrato.

c. *STJUE de 25 de abril de 2024*

Reproduciendo el esquema seguido con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de enero de 2024, procedemos, a continuación, a estudiar los antecedentes fácticos del asunto enjuiciado, las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano remitente y la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal europeo de 25 de abril de 2024.

A) Antecedentes fácticos:

El 29 de junio de 1999, GP y BG, ambos consumidores, celebraron con «Banco Santander, S.A.» un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en el que se incluyó una cláusula que imponía a los prestatarios el pago de todos los gastos generados por la concertación del préstamo. El 28 de octubre de 2017, los prestatarios presentaron una demanda solicitando la nulidad de la cláusula de gastos y la restitución de las cantidades pagadas en su virtud. En primera instancia, el Juzgado declaró la nulidad de la cláusula litigiosa y condenó a la entidad prestamista a restituir a los demandantes los importes abonados como gastos de notaría, Registro de la Propiedad y gestoría, amén de los intereses legales desde que se realizaron los pagos. El pronunciamiento de primera instancia fue recurrido en apelación por la entidad bancaria. La Audiencia Provincial de Barcelona estimó parcialmente el recurso de apelación y, en lo que ahora nos interesa, consideró prescrita la acción de restitución de las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula de gastos al entender que el inicio del cómputo del plazo de prescripción se produce con la realización de los pagos indebidos —en este caso, cuando se celebró el contrato de préstamo, en el año 1999—, habiendo transcurrido más de quince años desde entonces al tiempo de interponer los prestatarios la acción reparatoria. Estos últimos recurrieron en casación argumentando que, con base en la jurisprudencia europea, el plazo de prescripción de la acción de restitución de las sumas abonadas por razón de una cláusula abusiva no puede computarse desde la fecha de celebración del contrato que contiene dicha estipulación.

En su sentencia, el Tribunal Supremo expuso una visión panorámica de los distintos posicionamientos adoptados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos en los que se había discutido el *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción reparatoria. Debe tenerse en cuenta que la determinación del inicio del cómputo del plazo de prescripción se reserva a los legisladores nacionales, con lo que el Tribunal europeo se había limitado a descartar ciertas fechas cuya fijación como *dies a quo* contravendría el Derecho de la Unión.

Así, en reiteradas ocasiones había declarado el Tribunal la incompatibilidad con el artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE de un plazo de prescripción cuyo cómputo se inicie en la fecha de celebración del contrato que contiene la cláusula abusiva en cuya virtud se han realizado los pagos que fundamentan la pretensión reparatoria. El motivo que adujo el Tribunal europeo para justificar esa incompatibilidad fue que, así computado, el plazo de prescripción podría iniciarse e, incluso, expirar completamente sin que el consumidor hubiera tenido conocimiento real o potencial de la abusividad de la cláusula. Esto haría imposible o excesivamente difícil el ejercicio por el consumidor de los derechos que le reconoce la Directiva, en contravención del principio de efectividad. Exponente de esta doctrina es la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020¹⁶³, que enjuició un asunto en el que se valoraba la abusividad de una cláusula que imponía al consumidor el pago de la totalidad de los gastos de constitución y

¹⁶³ ECLI:EU:C:2020:578.

cancelación de una hipoteca, los efectos de la declaración de nulidad de tal estipulación y las facultades del juez nacional con relación a una cláusula calificada de abusiva. Según esta sentencia, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años —*ex art. 1964.2 CC*, tras la reforma introducida por la Ley 42/2015— desde la celebración del contrato, en la medida en que solo permite al consumidor solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si aquel tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula— puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13/CEE reconoce al consumidor y, por ende, vulnera el principio de efectividad, en relación con el de seguridad jurídica.

Por similares motivos, rechazó también el Tribunal de Justicia que el plazo de prescripción de la acción reparatoria dé comienzo el día en que se produjo el enriquecimiento indebido, *id est*, cuando se realizó el pago. En este sentido se pronunció el Tribunal europeo en la sentencia de 8 de septiembre de 2022¹⁶⁴, que resolvió las peticiones de decisión prejudicial presentadas en el contexto de tres litigios sostenidos por E.K. y S.K. contra D.B.P. —asunto C-80/21—, B.S. y W.S. contra M. —asunto C-81/21— y B.S. y L.S. contra M. —asunto C-82/21—. Las acciones que dieron origen a tales pleitos las ejercitaron los demandantes, en su condición de consumidores, solicitando la anulación de los contratos de crédito celebrados con las entidades bancarias demandadas —D.B.P. y M.— al entender que tales negocios contenían cláusulas de conversión de divisas abusivas. En el asunto C-82/21, el Tribunal de Distrito de Varsovia que remitió al Tribunal europeo la petición de decisión prejudicial consideró que las cláusulas del tipo de las impugnadas por los demandantes eran ilícitas, entrañando su nulidad la del contrato en su integridad. No obstante, la anulación del contrato de crédito surtiría efectos *ex tunc*, debiendo restituirse las prestaciones realizadas en el marco del mismo —art. 405 CC polaco, en relación con el art. 410.1 del mismo cuerpo legal—. M., por su parte, alegó la prescripción de la acción interpuesta por B.S. y L.S. para reclamar la restitución de las cantidades satisfechas por razón de la cláusula litigiosa. En este contexto, el Tribunal polaco entendió que la pretensión de los actores se fundamentaba en un derecho patrimonial, debiendo examinar si la acción había prescrito total o parcialmente según la norma general de prescripción aplicable al caso, que señala un plazo de diez años para las acciones nacidas antes del 9 de julio de 2018. Con base en el artículo 120.1 CC de Polonia, la jurisprudencia venía resolviendo que el plazo de prescripción de la acción de restitución comenzaría a correr cuando se realizase la prestación indebida, con independencia del momento en el que el consumidor conociera el carácter indebido de los abonos realizados y de la fecha en la que requirió su devolución. Esta solución obligaría al Tribunal remitente a declarar prescrito el derecho de los actores a que le fueran devueltas las cuotas satisfechas más de diez años antes del 7 de agosto de 2009, fecha en la que interpusieron la acción solicitando el reintegro. El Tribunal remitente guardaba serias dudas sobre la compatibilidad de esta solución con el Derecho de la Unión y, en particular, con los principios de equivalencia y efectividad. Por lo que respecta al primero de ellos, el Tribunal lo reputaba vulnerado si el *dies a quo* del periodo prescriptivo de la acción de restitución se fija al margen del conocimiento que en tal fecha el consumidor tenga o pueda razonablemente tener de la abusividad de la cláusula invocada en apoyo de la pretensión reparatoria. Por su parte, la contravención del principio de equivalencia la apreciaba el Tribunal por dos razones. En primer lugar, porque, según la jurisprudencia y doctrina polacas, en caso de anulación del contrato el derecho a obtener el reembolso inmediato del importe del préstamo nace cuando el prestatario acepte definitivamente los efectos de tal anulación. De esta suerte, en la práctica, la acción de la que dispone el consumidor para solicitar la restitución de prestaciones indebidamente realizadas en aplicación de una cláusula abusiva prescribirá, total o parcialmente, antes que la acción análoga del banco. En segundo lugar, porque el cómputo del plazo de prescripción de la acción reparatoria se iniciaría antes que si el consumidor hubiera invocado un derecho similar con fundamento en las normas nacionales en materia de responsabilidad delictual¹⁶⁵. En este contexto, el Tribunal de Distrito de Varsovia decidió suspender el procedimiento y preguntar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante cuestión prejudicial, si los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva y los principios de equivalencia, efectividad y seguridad jurídica deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una exégesis judicial de las disposiciones nacionales conforme a la cual la acción que interpone un consumidor para reclamar la restitución de importes pagados indebidamente por aplicación de una cláusula abusiva prescribe transcurridos diez años

¹⁶⁴ ECLI:EU:C:2022:646.

¹⁶⁵ Según el art. 442.1 CC polaco, el plazo de prescripción se iniciará solo cuando la persona perjudicada tenga conocimiento del daño y de la identidad de la persona obligada a repararlo.

—plazo establecido por la legislación polaca— desde la fecha de cada uno de los cumplimientos de la prestación por el consumidor, aun cuando este desconozca el carácter abusivo de la cláusula. Con cita de su sentencia de 10 de junio de 2021, el Tribunal de Justicia sostuvo que un plazo de prescripción solo puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que dicho periodo empezase a correr o expirase¹⁶⁶. Sobre esta base, el Tribunal concluyó que un plazo de prescripción que se inicia con cada prestación realizada por el consumidor interesado, aunque no esté en condiciones de apreciar por sí mismo el carácter abusivo de la cláusula y sin que se tenga en cuenta la duración del reembolso establecida en el contrato, no garantiza a ese consumidor una tutela efectiva, haciendo excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva le reconoce y vulnerando, por consiguiente, el principio de efectividad¹⁶⁷.

Por último, también por vulneración del principio de efectividad rechazó el Tribunal europeo la fijación del *dies a quo* en la fecha de cumplimiento íntegro del contrato que contiene la cláusula abusiva, no pudiendo presumirse que, desde ese momento, el consumidor tiene conocimiento de la abusividad¹⁶⁸.

B) Planteamiento de las cuestiones prejudiciales:

Con estos antecedentes, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante el auto de 22 de julio de 2021¹⁶⁹. El Supremo entendió que, habiendo descartado la jurisprudencia comunitaria como *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de restitución las fechas de celebración o cumplimiento íntegro del contrato que contiene la cláusula abusiva y de abono de las prestaciones indebidas, solo quedan dos posibilidades, a saber, que el periodo prescriptivo comience a computarse desde la sentencia que declare la nulidad de la cláusula o que el día inicial sea aquel en el que el Tribunal Supremo haya dictado una serie de sentencias uniformes que declaren que la cláusula es abusiva y determinen las consecuencias de dicha abusividad. No obstante, señaló el Tribunal que ninguna de las soluciones propuestas estaba exenta de problemática. De esta manera, si el plazo de prescripción diera comienzo el día de la sentencia que declara la nulidad por abusiva de la cláusula con fundamento en la cual el consumidor ha realizado las prestaciones indebidas se vulneraría el principio de seguridad jurídica, al convertir la acción de restitución en prácticamente imprescriptible, puesto que el plazo no comenzaría hasta que no se hubiera estimado la acción de nulidad de la cláusula, la cual es imprescriptible en el Derecho español al tratarse de una nulidad absoluta. Esta solución, además, podría comprometer gravemente el principio de seguridad jurídica al admitir reclamaciones de prestaciones indebidas relativas a contratos consumados y extinguidos desde hace décadas. Por su parte, la fijación del *dies a quo* de la acción restitutoria en la fecha en la que el Tribunal Supremo dictó una serie de sentencias uniformes que declararon el carácter abusivo de una cláusula similar y determinaron las consecuencias derivadas de dicha abusividad podría contravenir el principio de efectividad al resultar dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz pueda conocer la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia.

En este contexto, teniendo en cuenta que la decisión sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria puede afectar a la interpretación de los artículos 6.1 y 7.1 Directiva 93/13/CEE y al respeto del principio de seguridad jurídica, y que ello resulta determinante para el fallo del Tribunal Supremo en el asunto enjuiciado, elevó este al Tribunal de Justicia las siguientes peticiones de decisión prejudicial:

«1) ¿Es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar los artículos 6.1 y 7.1 de la [Directiva 93/13] en el sentido de que el plazo de prescripción de la acción para reclamar lo pagado

¹⁶⁶ La STJUE de 10 de junio de 2021 —ECLI:EU:C:2021:470— se opuso a que el plazo de prescripción de la acción restitutoria comenzara en la fecha de aceptación de la oferta del préstamo hipotecario al no garantizar el derecho del consumidor a una protección efectiva, pues el plazo podía iniciarse y transcurrir íntegramente sin que el consumidor conociera siquiera el carácter abusivo de la cláusula en cuya virtud se solicitaba la devolución. Esto generaría un riesgo no desdeñable de que el consumidor no estuviera en condiciones de invocar, durante el plazo de prescripción, los derechos que le confiere la Directiva 93/13/CEE. En suma, un plazo de prescripción solo puede ser compatible con el principio de efectividad si el consumidor pudo conocer sus derechos antes de que tal periodo comenzase a correr o de que expirase.

¹⁶⁷ Véase también la STJUE de 22 de abril de 2021 —ECLI:EU:C:2021:313—.

¹⁶⁸ STJUE de 9 de julio de 2020 —ECLI:EU:C:2020:537—.

¹⁶⁹ ECLI:ES:TS:2021:10157A.

en virtud de una cláusula abusiva no comienza a correr hasta que por sentencia firme se haya declarado la nulidad de dicha cláusula?

2) Si tal interpretación no fuera conforme con el principio de seguridad jurídica, ¿se opone a los mencionados artículos de la referida Directiva una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción [de la acción de restitución de las cantidades pagadas en virtud de una cláusula abusiva] la fecha de las sentencias del Tribunal Supremo que fijaron doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios [derivados de la anulación de tal cláusula] (sentencias de 23 de enero de 2019)?

3) Si tal interpretación se opusiera a los referidos artículos, ¿se opone a los mismos una interpretación que considere día inicial del plazo de prescripción [de la acción de restitución de las cantidades pagadas por mor de una cláusula abusiva] la fecha de las sentencias del Tribunal de Justicia que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, [la sentencia de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537,] o [la sentencia de 16 de julio de 2020, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578], que confirma la anterior [)]?»¹⁷⁰.

C) Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

El Tribunal comenzó recordando, con cita de otras sentencias anteriores¹⁷¹, que el efecto restitutorio de las cantidades indebidamente pagadas se deriva del artículo 6.1 Directiva 93/13/CEE, que impone a los Estados miembros que establezcan la no vinculación del consumidor, en las condiciones estipuladas por los Derechos nacionales¹⁷², a las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional. Esta exigencia debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido y, por ende, no puede desplegar efectos frente al consumidor. Consiguientemente, la declaración de nulidad de una cláusula contractual debe conllevar el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido esa estipulación. En nuestro caso, dicho restablecimiento se consigue con la restitución de las cantidades pagadas indebidamente por razón de la cláusula abusiva. Tal efecto restitutorio, como señala el Tribunal, no puede ser excluido, so pena de poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6.1 de la Directiva, en relación con el artículo 7.1 de la norma comunitaria, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados entre consumidores y usuarios.

Centrado en la primera cuestión prejudicial, y con relación al principio de efectividad, el Tribunal de Justicia sostuvo que para valorar si una disposición procesal interna hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión se debe analizar tal disposición considerando el lugar que ocupa en el seno del procedimiento en su conjunto, así como el desarrollo y las particularidades de este ante las diversas instancias nacionales. Aplicando este razonamiento al plazo de prescripción de una concreta acción, el Tribunal señaló que, para estimar si es conforme con el principio de efectividad, se debe analizar tanto la duración como las condiciones de aplicación del plazo, incluyendo las reglas de cómputo.

Para la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción, el Tribunal europeo partió de la situación de inferioridad en la que, por definición, se encuentra el consumidor en la contratación con condiciones generales, donde «se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten

¹⁷⁰ Extracto reproducido de la STJUE de 25 de abril de 2024.

¹⁷¹ SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 —ECLI:EU:C:2016:980— y 15 de junio de 2023 —ECLI:C:2023:478—.

¹⁷² A los Estados miembros corresponde, a través de sus respectivos Derechos internos, concretar las condiciones conforme a las cuales debe declararse el carácter abusivo de una cláusula contractual y materializarse los efectos jurídicos de dicha declaración. Por el contrario, según señala el Tribunal, no pueden los legisladores nacionales modificar ni la amplitud ni el contenido sustancial de la protección que la Directiva garantiza a los consumidores, lo que pondría en tela de juicio la tuición más eficaz que, por voluntad del legislador comunitario —considerando décimo de la Directiva—, se atribuye al consumidor mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas.

mutuamente»¹⁷³. Esta situación de inferioridad en la que se halla el consumidor —que se refleja, no solo en la capacidad de negociación de las partes, sino también en el nivel de información del que ambas disponen— lo lleva a adherirse a un contrato cuyo contenido ha sido predispuesto por el profesional. Consecuencia de ello es que, en muchas ocasiones, los consumidores desconocen el carácter abusivo de alguna de las cláusulas incluidas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria que concertaron con una cierta entidad de crédito o ignoran la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva.

Partiendo de esta base, el Tribunal de Justicia declaró, con cita de otras sentencias anteriores¹⁷⁴, la incompatibilidad con el principio de efectividad, en relación con el de seguridad jurídica, de un plazo de prescripción de la acción restitutoria cuyo cómputo se inicie al tiempo de celebrarse el contrato —con independencia de si el consumidor conocía o podía razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula—, puesto que ello puede hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio por el consumidor de los derechos que le confiere la Directiva.

Por el contrario, consideró el Tribunal europeo que sí respeta el principio de efectividad un plazo de prescripción que se compute desde la fecha de la firmeza de la sentencia que declara el carácter abusivo, y la consiguiente nulidad, de la cláusula con base en la cual el consumidor ha realizado los pagos que fundamentan su pretensión restitutoria. A juicio del Tribunal, con la firmeza de la sentencia el consumidor «tiene un conocimiento cierto de la irregularidad de esa cláusula» y, por ende, «en principio, es desde esa fecha cuando está en condiciones de hacer valer eficazmente los derechos que la Directiva 93/13 le confiere y, por lo tanto, cuando puede empezar a correr el plazo de prescripción de la acción de restitución»¹⁷⁵.

Defiende MARÍN LÓPEZ que la sentencia europea no puede interpretarse en el sentido de exigir la certeza del consumidor sobre la abusividad de la cláusula para que comience a correr el plazo de prescripción. Como fundamento de su postura, aduce el autor los siguientes argumentos: i) habida cuenta de que la certidumbre sobre el carácter abusivo de una cláusula solo la adquiere el consumidor con la sentencia que la declara nula, la exigencia de certeza sobre la abusividad de la cláusula a los efectos del cómputo del periodo prescriptivo sería incongruente con la posibilidad, admitida por el Tribunal de Justicia, de que el plazo comience a correr antes de la firmeza de la sentencia de nulidad cuando el profesional acredite que el consumidor conoció o pudo razonablemente conocer por otras vías distintas de la judicial la abusividad de la cláusula; ii) carecería de sentido decir que el principio de efectividad impone que el consumidor conozca o «pueda conocer» el carácter abusivo de la cláusula; iii) la exigencia de certeza sobre la abusividad de la cláusula impondría una reformulación restrictiva del principio de efectividad, pues no se estarían tomando en consideración casos en los que, aun no existiendo dicha certidumbre, tampoco hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio por el consumidor de sus derechos —v. gr., supuestos en los que un consumidor medio pudiera haber conocido el carácter abusivo de la cláusula en un momento anterior a la sentencia declarativa de nulidad—; iv) aunque la STJUE de 25 de enero de 2024 consagró la regla general en virtud de la cual el principio de efectividad se cumple cuando el consumidor pueda conocer sus derechos antes de que el plazo de prescripción comience a correr o antes de que expire, esta segunda posibilidad no sería viable en la práctica, ya que el periodo prescriptivo no podría computarse hasta que no tuviera certeza el consumidor de la abusividad de la cláusula, algo que solo se produce con la sentencia declarativa de nulidad. Sobre esta base, concluye MARÍN LÓPEZ que para el inicio del plazo de prescripción basta con que un consumidor medio pueda conocer que la cláusula es potencialmente abusiva, lo que ocurrirá cuando exista un escenario de litigación sobre su posible abusividad y el consumidor medio pueda conocerlo empleando la diligencia que le resulta exigible. En opinión de MARÍN LÓPEZ son dos las situaciones en las que se aprecia la existencia de tal escenario: i) cuando los tribunales de instancia han dictado varias sentencias en las que se discute el

¹⁷³ STS de 13 de noviembre de 1998 —ECLI:ES:TS:1998:6721—. Las condiciones generales de la contratación son definidas por el art. 1.1 LCGC como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato impone una parte a la otra y que han sido redactadas con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Como podemos comprobar, es el proceso seguido para su incorporación al contrato lo que define las condiciones generales, siendo sus rasgos distintivos la contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

¹⁷⁴ SSTJUE de 16 de julio de 2020 —ECLI:EU:C:2020:578— y 22 de abril de 2021 —ECLI:EU:C:2021:313—.

¹⁷⁵ A esta solución se opone MATE SATUÉ por razones de inseguridad jurídica —la situación de incertidumbre generada en las relaciones jurídicas podría extenderse *sine die* desde la celebración del contrato— y economía procesal —se necesitarían dos procedimientos para obtener la restitución de las cantidades abonadas—. Asimismo, entiende la autora que este planteamiento difumina los contornos de las acciones y del procedimiento, además de que no resulta coherente con la naturaleza de la acción ejercitable, pues comporta la reducción de una acción declarativa, como es la restitutoria, en una suerte de acción ejecutiva basada en sentencia. *Vid.* MATE SATUÉ, *op. cit.*, p. 1986.

carácter abusivo de la cláusula, cualquiera que sea el sentido del fallo y con independencia de si el Tribunal Supremo se ha pronunciado ya al respecto; ii) cuando, aun no existiendo muchos pronunciamientos de instancia, el Tribunal Supremo dicte una sentencia en la que analice la abusividad de la cláusula, aunque se pronuncie en favor de su validez¹⁷⁶.

De esta forma, el Tribunal de Justicia tomó en consideración, para la determinación del *dies a quo*, el elemento subjetivo que supone el conocimiento real o potencial por el consumidor del carácter abusivo de la cláusula litigiosa. Sin embargo, el Tribunal introdujo una matización al puntualizar que la Directiva «no se opone a que el profesional tenga la facultad de probar que ese consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de tal hecho antes de dictarse una sentencia que declare la nulidad de dicha cláusula».

La fijación del *dies a quo* con base en un criterio subjetivo puede causar cierta incertidumbre al profesional sobre la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria, lo que podría entenderse contrario a la seguridad jurídica, que es justo la que pretende garantizarse con el establecimiento de unos plazos de prescripción. Sin embargo, sostuvo el Tribunal que debe tenerse en cuenta que es precisamente el profesional el que ha redactado e impuesto al consumidor una cláusula contraria a las exigencias de la Directiva, causando así un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor.

En definitiva, el Tribunal responde a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que es conforme con el principio de seguridad jurídica interpretar que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva no se oponen a que el plazo de prescripción de la acción de restitución se compute desde que por sentencia firme se declare la nulidad de la cláusula con fundamento en la cual se han realizado los pagos cuya devolución se reclama, sin perjuicio de la facultad del profesional de acreditar que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula con anterioridad a la firmeza de la sentencia, aportando a tal efecto pruebas sobre sus relaciones con ese consumidor según el régimen nacional de la prueba que resulte aplicable.

Respecto de la segunda cuestión prejudicial, el Tribunal sostuvo que resulta contrario al principio de efectividad un plazo de prescripción de la acción restitutoria cuyo cómputo se inicie en la fecha en la que el tribunal supremo nacional dictó una serie de sentencias en las que declaraba abusiva una cierta cláusula tipo que se corresponde con aquella en cuya virtud el consumidor realizó los pagos indebidos reclamados en la litis.

Como se infiere de la respuesta a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal europeo admitió la conformidad con el Derecho de la Unión de un plazo de prescripción de la acción restitutoria cuyo cómputo se inicie con la firmeza de la sentencia que declara el carácter abusivo de la cláusula en aplicación de la cual se han realizado los pagos indebidos. Sin embargo, el Tribunal matizó que la Directiva 93/13/CEE no se opone a que el profesional pueda acreditar que el consumidor tenía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula antes de que la sentencia que la declare nula sea firme. Sobre esta base, el Tribunal se planteó si, consolidada la doctrina del tribunal supremo nacional sobre el carácter abusivo de una determinada cláusula tipo, cabe presumir que el consumidor ha podido razonablemente tener conocimiento de que una cierta estipulación incluida en el contrato por él celebrado tiene un alcance equivalente al de la referida cláusula tipo. Y es que, en palabras del Tribunal:

«aunque la jurisprudencia de un tribunal supremo de un Estado miembro, siempre que goce de publicidad suficiente, puede permitir que un consumidor medio tenga conocimiento de que una cláusula tipo incluida en el contrato que ha celebrado con un profesional es abusiva, no cabe sin embargo esperar de ese consumidor, a quien la Directiva 93/13 pretende proteger, dada su situación de inferioridad respecto del profesional, que lleve a cabo actitudes propias de la investigación jurídica»¹⁷⁷.

¹⁷⁶ MARÍN LÓPEZ, «Las SSTJUE de...», *op. cit.*, pp. 137 ss.

¹⁷⁷ En un artículo científico publicado a mediados del año 2023, defiende BENDITO CAÑIZARES que, «salvo que el TJUE nos sorprenda con sus declaraciones, creemos que de futuro se debería proponer la obligatoriedad de publicación en el BOE de cualquier solución europea y de su subsiguiente aplicación por el TS. Así, no habría excusas para no conocer el estado jurídico de la cuestión». Sobre esta base, aboga la autora por desempolvar el denominado realismo jurídico «para considerar que la

De manera adicional, el Tribunal abogó por que la existencia de una jurisprudencia nacional en el sentido antes indicado no permite necesariamente declarar abusivas *ipso facto* todas las cláusulas del mismo tipo incluidas en ese Estado en contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Cuando el tribunal supremo nacional ha declarado abusiva una cláusula tipo, es necesario determinar *ad hoc* si una cierta estipulación incluida en un contrato en particular celebrado entre un profesional y un consumidor es equivalente a aquella cláusula tipo y, por consiguiente, debe seguir la misma suerte. Así pues, en cada caso particular deberán considerarse todas las circunstancias concurrentes para valorar si cada concreta cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor y, por tanto, es abusiva —arts. 3.1 y 4.1 de la Directiva—. Este examen *ad hoc* adquiere mayor relevancia aún cuando la abusividad de la cláusula deriva de su falta de transparencia, pues, en tal caso, debe determinarse la información concreta que en cada caso ha sido suministrada al consumidor.

En lo atinente a las consecuencias derivadas del hecho de que una cierta estipulación no supere el control de transparencia material podemos distinguir los dos posicionamientos que siguen: i) reputar la transparencia material como un tipo de control distinto y separado de los controles de inclusión y contenido, entrañando la no superación de aquel automáticamente la nulidad de las condiciones generales por falta de transparencia¹⁷⁸; ii) considerar el control de transparencia material como una especialidad del control de consentimiento, entendiendo, en coherencia con lo previsto en el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, que la falta de transparencia material de una condición general no entraña directa y automáticamente su nulidad por abusiva, sino que habilita la realización de un control de contenido para valorar su posible abusividad¹⁷⁹. Esta divergencia surge de la falta de transposición formal al Ordenamiento jurídico español del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, conforme al cual la apreciación de la abusividad de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, ni a los servicios o bienes que se hayan de proporcionar como contrapartida, siempre que tales cláusulas se redacten de forma clara y comprensible. Así pues, según el precepto, «cabe el control de abusividad de una cláusula relativa al precio y a la contraprestación si no es transparente»¹⁸⁰. *A sensu contrario*, como regla se excluyen del control de contenido las cláusulas de carácter esencial siempre que sean transparentes, puesto que el consumidor atiende —o debe atender si actúa diligentemente— a los elementos esenciales del contrato para decidir si lo celebra o no y, por tanto, conoce la existencia de las cláusulas, comprende su funcionamiento y las consiente, no pudiendo *a posteriori* aducir su abusividad. En tal caso, el contrato solo resulta atacable mediante los remedios tradicionales del Código civil, a saber, la nulidad, la anulabilidad y la rescisión. Si, por el contrario, las cláusulas de carácter esencial no son transparentes, sí se someten al control de contenido. De esta manera, el art. 4.2 de la Directiva

jurisprudencia del TJUE que queda consagrada en la doctrina del Tribunal Supremo es fuente del Derecho, esencialmente estableciendo la obligatoriedad de publicar las sentencias notorias en el BOE». Véase BENDITO CAÑIZARES, «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (segunda parte)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 797, 2023, pp. 1317 y 1321. Nos surgen dudas acerca de si la propuesta de BENDITO CAÑIZARES encuentra encaje en la doctrina jurisprudencial que emana de la STJUE de 25 de abril de 2024, en la que, consciente el Tribunal de la situación de inferioridad en la que se halla el consumidor respecto del profesional, se excluye la posibilidad de exigir a aquel que lleve a cabo actitudes propias de la investigación jurídica para conocer la jurisprudencia de un tribunal supremo de un Estado miembro, pero, a su vez, reconoce que dicha jurisprudencia, «siempre que goce de publicidad suficiente», puede permitir que un consumidor medio tenga conocimiento de que una cláusula tipo incluida en un contrato celebrado con un profesional es abusiva. ¿Quiere esto decir que si se le da publicidad suficiente a la jurisprudencia nacional se puede presumir que un consumidor medio podría razonablemente conocerla sin necesidad de realizar labores de investigación jurídica? En caso afirmativo, ¿puede entenderse suficiente a estos efectos la difusión que la jurisprudencia adquiriría mediante su publicación en el BOE? Solo una respuesta positiva a ambos interrogantes permitiría cohonestar la propuesta de BENDITO CAÑIZARES con la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia; en caso contrario, la sentencia de 25 de abril de 2024 materializaría esas declaraciones sorpresivas a las que hace referencia la autora.

¹⁷⁸ Por todas, SSTs de 9 de mayo de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:1916—, 8 de septiembre de 2014 —ECLI:ES:TS:2014:3903—, 24 de marzo de 2015 —ECLI:ES:TS:2015:1279— y 8 de junio de 2017 —ECLI:ES:TS:2017:2244—. En la doctrina, véase SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario», *Revista de Derecho Civil*, v. VI, n. 2, 2019, p. 238. Esta es la tendencia seguida también por el art. II-9:402 DCFR, en virtud del cual: «(1) A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair» (la cursiva es nuestra).

¹⁷⁹ CAÑIZARES LASO, «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, *Revista de Derecho Civil*, v. II, n. 3, 2015, pp. 93 ss.

¹⁸⁰ Por todas, SSTs de 24 de noviembre de 2017 —ECLI:ES:TS:2017:4121—, 24 de enero de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:139—, 23 de marzo de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:1225—, 11 de octubre de 2019 —ECLI:ES:TS:2019:3138— y 12 de noviembre de 2019 —ECLI:ES:TS:2019:3528—.

conecta a la falta de transparencia de una cláusula de carácter esencial, no su automática abusividad —y consiguiente nulidad—, sino la necesidad de someterla a un control de contenido.

Puede parecer que esta polémica la ha resuelto el legislador en favor de la nulidad directa y automática derivada de la falta de transparencia de las condiciones generales con la nueva redacción que otorgó la disposición final cuarta de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI), al art. 5.5 LCGC, cuyo segundo inciso señala que «[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». Bajo nuestro punto de vista, sin embargo, pese a que el inciso transcrito habla de transparencia en general, entendemos que, interpretado de manera aislada el precepto, puede defenderse que el mismo establece las consecuencias solo de la falta de transparencia formal —y no material—, por dos razones: primero, porque el art. 5 LCGC consagra el principio de transparencia formal; segundo, porque tal inciso considera nulas las condiciones «incorporadas» de modo no transparente, es decir, aquellas que, al no cumplir con los requisitos de incorporación establecidos en el art. 5 LCGC, carecen de transparencia formal.

No obstante, la LCCI reformó también el artículo 83 TRLGDCU añadiéndole un párrafo segundo que comparte literalidad con el art. 5 LCGC y, en consecuencia, declara la nulidad de las condiciones incorporadas al contrato de modo no transparente en perjuicio de los consumidores. La exégesis de este precepto plantea ciertas dudas, puesto que, haciendo una lectura estrictamente literal del mismo podría concluirse que establece las consecuencias de la falta de transparencia formal de la cláusula —control de inclusión—¹⁸¹. Sin embargo, la interpretación sistemática del precepto exige tomar en consideración tanto su ubicación en el Título II —“Condiciones generales y cláusulas abusivas”—, Capítulo II —“Cláusulas abusivas”— del TRLGDCU, así como la propia rúbrica del art. 83 —“Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato”—. Sobre esta base, la interpretación sistemática de la norma parece conducir a una conclusión opuesta a la exégesis literal, a saber, las cláusulas no transparentes se reputarán abusivas y, por ende, nulas de pleno derecho, teniéndose por no puestas¹⁸².

El Tribunal Supremo, por su parte, comenzó a sostener la abusividad directa de las cláusulas no transparentes —frente a la abusividad ponderada, que implica someter tales estipulaciones a un control de contenido *ad hoc*— a raíz del examen de las cláusulas suelo, equiparando la falta de transparencia a la abusividad al entender que aquella provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe¹⁸³. Esta misma doctrina se repite con relación a otras cláusulas, como aquellas que delimitan el contrato de permuta financiera de tipos de interés.¹⁸⁴

En suma, el Tribunal de Justicia mantuvo que no se puede exigir a un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, no solo que se mantenga informado con regularidad de la doctrina jurisprudencial del tribunal supremo nacional sobre la abusividad de las cláusulas tipo incluidas en contratos de igual naturaleza al que él haya podido celebrar con un profesional, sino, además, que determine, a partir de una sentencia del tribunal supremo, si las cláusulas incorporadas a un contrato específico son abusivas. Admitir esto supondría, asimismo, premiar la conducta pasiva de los profesionales ante una ilegalidad declarada por el tribunal supremo nacional, pese a que aquellos, como entidades de crédito, disponen, en principio, de un departamento jurídico que redactó el contrato y que tiene capacidad para seguir la evolución de la jurisprudencia del tribunal supremo con relación a su clausulado, y de un servicio de atención al cliente que posee la información necesaria para contactar fácilmente con los clientes afectados¹⁸⁵.

¹⁸¹ CADENAS OSUNA, «La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, n. 785, 2021, p. 1990.

¹⁸² En este sentido, sostiene CÁMARA LAPUENTE que «conviene no olvidar que la vigente redacción del art. 83 ha descartado claramente tener que recurrir ante cláusulas no transparentes a un ulterior examen de los elementos propios de las cláusulas abusivas (buena fe, desequilibrio de derechos y obligaciones ex art. 82.1 TR y del 3.1 Directiva; resto de circunstancias del art. 82.3 TR y del 4.1 Directiva), elevando así el nivel de protección frente a cláusulas no transparentes que se deriva de la jurisprudencia del TJUE y del TS hasta la fecha» —«Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, n. especial marzo, 2021, p. 39—.

¹⁸³ Por todas, SSTs de 24 de marzo de 2015 —ECLI:ES:TS:2015:1279—, 8 de junio de 2017 —ECLI:ES:TS:2017:2244— y 16 de junio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2620—.

¹⁸⁴ Por todas, STS de 2 de febrero de 2021 —ECLI:ES:TS:2021:269—.

¹⁸⁵ Nos parece oportuno reproducir literalmente las palabras del Tribunal de Justicia: «contravendría la Directiva 93/13 que se llegara al resultado de que el profesional saque provecho de su pasividad ante esa ilegalidad declarada por el tribunal supremo nacional. En efecto, en unas circunstancias como las del asunto principal, el profesional, en cuanto entidad bancaria, dispone, en principio, de un departamento jurídico, especializado en la materia, que redactó el contrato controvertido en ese asunto y que tiene capacidad para seguir la evolución de la jurisprudencia de dicho tribunal y extraer de ella las conclusiones que se impongan para los contratos que dicha entidad bancaria haya celebrado. También cuenta, en principio, con un servicio de

Sentado lo anterior, respondió el Tribunal de Justicia a la segunda cuestión prejudicial que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el plazo de prescripción de la acción de restitución de las sumas abonadas en aplicación de una cláusula contractual cuyo carácter abusivo ha sido declarado por sentencia judicial firme dictada con posterioridad al pago de las cantidades reclamadas se compute desde la fecha anterior en la que el tribunal supremo nacional dictó, en otros asuntos, una serie de sentencias en las que se declaró el carácter abusivo de ciertas cláusulas tipo que se corresponden con la incluida en el contrato litigioso.

Finalmente, el Tribunal europeo resolvió la tercera cuestión prejudicial indicando que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que el plazo de prescripción de la acción reparatoria se compute desde la fecha de determinadas sentencias del propio Tribunal de Justicia que confirmaron que, en principio, los plazos de prescripción para las acciones de restitución son conformes con el Derecho de la Unión, siempre que respeten los principios de efectividad y equivalencia. El rechazo de esa fecha como *dies a quo* se fundó en que no tiene en cuenta si el consumidor conoce o podía razonablemente conocer el carácter abusivo de la cláusula con base en la cual ha realizado los pagos reclamados.

Además, señaló el Tribunal europeo que, aun cuando sus propias resoluciones que se pronuncian con carácter prejudicial sobre la interpretación del Derecho de la Unión gozan de una publicidad que facilita el acceso a las mismas —también a los consumidores—, en ellas el Tribunal no resuelve sobre la abusividad de cláusulas concretas, pues tal examen es competencia del juez nacional. Es por ello que las sentencias del Tribunal de Justicia a las que hace referencia el órgano remitente en la tercera cuestión prejudicial no pueden determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción reparatoria, pues no constituyen fuente de información para el consumidor medio sobre el carácter abusivo de una particular cláusula contractual.

d. Doctrina actual del Tribunal Supremo

Tras elevar el Tribunal Supremo varias peticiones de decisión prejudicial que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió en la recién analizada sentencia de 25 de abril de 2024, el 14 de junio del mismo año volvió el Supremo —en sentencia de Pleno de la Sala de lo Civil¹⁸⁶— a pronunciarse en el mismo asunto.

Reconocido como un mantra —con sustento en la jurisprudencia comunitaria— el carácter imprescriptible de la acción de nulidad —en el asunto enjuiciado, de una cláusula de gastos— y prescriptible de la acción de restitución —siempre que el plazo de prescripción respete, en su duración y cómputo, los principios de

atención al cliente que posee toda la información necesaria para ponerse fácilmente en contacto con los clientes afectados». En estos términos reprueba el Tribunal la pasividad de los profesionales ante el conocimiento de la abusividad de las cláusulas incluidas en los contratos por ellos celebrados. Sin embargo, lo que no se manifiesta tan evidente es la actitud que los profesionales deben adoptar para escapar de dicha pasividad. ¿Deben contactar con todos y cada uno de los consumidores afectados para informarles de la potencial abusividad de la cláusula incluida en sus respectivos contratos? ¿Deben informarles también de sus derechos para que puedan ejercitarlos frente a ellos mismos? ¿Deben limitarse a atender a las reclamaciones extrajudiciales interpuestas por los consumidores y no rechazarlas aun a sabiendas de la abusividad de la cláusula? Sobre el particular, entiende AGÜERO ORTIZ que la sentencia del Tribunal europeo constituye «un llamamiento a los profesionales para que comiencen a atender las reclamaciones de los consumidores sin obligarles a judicializar el asunto» —«Fin del debate sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cláusulas de gastos hipotecarios: la acción no está prescrita. Comentario a la STJUE 25.4.2024 (asunto C-484/21)», *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, mayo de 2024, p. 6. Disponible en https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Fin_del_debate_sobre_el_plazo_de_prescripcion_de_la_accion.pdf (recuperado el 1 de noviembre de 2025)—. Al pronunciamiento del Tribunal de Justicia se opone MATE SATUÉ por dos razones: de un lado, porque no resulta oportuna para resolver las peticiones de decisión prejudicial planteadas; de otro, porque parece estar exigiéndose al profesional que suministre al consumidor la información necesaria para que este ejercite —judicial o extrajudicialmente— en su contra los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE. No obstante, admite la autora que, consolidada la jurisprudencia en materia de nulidad de la cláusula de gastos, la pasividad del profesional en el tratamiento de las reclamaciones interpuestas por los consumidores ante los servicios de atención al cliente de las entidades bancarias puede justificar la imposición a estas de las costas en los procesos judiciales iniciados por no reconocer en sede extrajudicial a los consumidores el derecho al reintegro de las cantidades pagadas indebidamente en virtud de una cláusula potencialmente nula por abusiva. Véase MATE SATUÉ, *op. cit.*, pp. 1981-1982.

¹⁸⁶ ECLI:ES:TS:2024:3076.

efectividad y equivalencia—, el Tribunal Supremo, centrado en la cuestión del *dies a quo*, resumió la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de abril de 2024, destacando lo siguiente:

- i. No se opone a la Directiva 93/13/CEE la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la acción de reclamación de gastos hipotecarios en el momento de firmeza de la sentencia que declara el carácter abusivo —y consiguiente nulidad— de la cláusula de gastos, puesto que es entonces cuando el consumidor adquiere un conocimiento cierto de la irregularidad de la estipulación¹⁸⁷.
- ii. El profesional puede acreditar que el consumidor conocía o podía razonablemente tener conocimiento de la abusividad de la cláusula con anterioridad a la firmeza de la sentencia de nulidad. De hecho, señaló el Tribunal Supremo que «esta facultad del profesional se erige como el único límite a que las acciones restitutorias sean imprescriptibles».
- iii. El plazo de prescripción de la acción restitutoria no puede iniciar su cómputo en la fecha en la que el tribunal supremo nacional sentó su doctrina sobre la abusividad de una concreta cláusula tipo o desde que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó varias sentencias que confirmaron que no contraviene el Derecho de la Unión el sometimiento de la acción restitutoria a un plazo de prescripción siempre que se respeten los principios de efectividad y equivalencia. El Tribunal europeo rechazó estos hitos como determinantes del *dies a quo* porque la declaración del carácter abusivo de una cláusula tipo no entraña la abusividad de todas las estipulaciones de la misma clase, valoración que se debe realizar *ad hoc* atendiendo a todas las circunstancias concurrentes y, muy en particular, a la información precontractual que el profesional haya proporcionado al consumidor.
- iv. No existiendo información del profesional al respecto no se puede razonablemente presumir que el consumidor sabe que una estipulación incorporada a su contrato resulta equivalente a la cláusula tipo declarada abusiva por el tribunal supremo nacional.

Expuesto someramente el criterio sobre el *dies a quo* que se establece en la sentencia europea, el Tribunal Supremo se pronunció en un sentido que —no podemos ocultarlo— nos llamó poderosamente la atención. Literalmente, señaló que:

«No corresponde a esta sala hacer consideraciones de orden doctrinal sobre el contenido de esa jurisprudencia del TJUE, ni sobre sus implicaciones en el sistema general de Derecho Privado de los diferentes Estados miembros de la Unión. Tampoco optar por soluciones no previstas en el ordenamiento jurídico español, por más que, *de lege ferenda*, pudieran resultar plausibles o convenientes».

Sobre esta base, y tras rechazar el planteamiento de una nueva petición de decisión prejudicial —sugerido por la parte demandada en su escrito de alegaciones— por considerar que la cuestión constituía ya un hecho aclarado por la jurisprudencia del Tribunal europeo, concluyó el Supremo lo siguiente:

«En consecuencia, salvo en aquellos casos en que la entidad prestamista pruebe que, en el marco de sus relaciones contractuales, ese concreto consumidor pudo conocer en una fecha anterior que esa estipulación (cláusula de gastos) era abusiva, el día inicial del plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios indebidamente pagados por un consumidor será el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula que obligaba a tales pagos».

Esta es la solución a la que llega el Tribunal Supremo siguiendo, parece inferirse, la senda marcada por el Tribunal de Justicia. No obstante, tal obediencia es más aparente que real, puesto que en sus sentencias de 25 de enero y 25 de abril de 2024 el Tribunal europeo no afirmó ni impuso —porque no podía hacerlo, al reservarse a los legisladores nacionales la determinación del *dies a quo*— que el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria comience con la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la

¹⁸⁷ No afirma ni impone el Tribunal europeo que el cómputo del plazo de prescripción de la acción restitutoria comience con la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula abusiva, pronunciándose únicamente a favor de la certeza que tal criterio generaría y de su compatibilidad con el Derecho de la Unión. En otros términos, en las sentencias de 25 de enero y 25 de abril de 2024 el Tribunal de Justicia no fijó la fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución, ciñéndose a establecer unas indicaciones que los órganos remitentes de las cuestiones prejudiciales deben seguir en la determinación del *dies a quo* para que este sea conforme con el Derecho de la Unión.

cláusula abusiva, pronunciándose únicamente a favor de la certeza que tal criterio generaría y de su compatibilidad con el Derecho de la Unión.

En el asunto enjuiciado, no habiendo acreditado el profesional el conocimiento por el consumidor de la abusividad de la cláusula de gastos, y no habiéndose declarado judicialmente la nulidad de dicha estipulación, el Tribunal Supremo resolvió que el cómputo del plazo de prescripción que se aplica a la acción restitutoria *ex* artículo 1964.2 CC —al no tener señalado plazo especial—no habría ni siquiera comenzado.

Nos surgen dudas, empero, sobre el significado que debe darse a la expresión «en el marco de sus relaciones contractuales» empleada por el Tribunal Supremo en el extracto reproducido. En particular, nos planteamos si al circunscribir la cognoscibilidad por el consumidor de la abusividad de la cláusula al «marco de sus relaciones contractuales» el Tribunal estaría excluyendo a los efectos del cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución el conocimiento derivado, por ejemplo, de campañas publicitarias desplegadas en los medios de comunicación por asociaciones de consumidores y usuarios¹⁸⁸.

La doctrina establecida por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 2024 la recoge la misma Sala en otros pronunciamientos posteriores¹⁸⁹. En ellos, con cita del previo de 14 de junio, afirmó el Tribunal que, sin probar la parte demandada que los consumidores tuvieran conocimiento de la abusividad de la cláusula de gastos en el marco de sus relaciones contractuales antes de la firmeza de la sentencia que declaró su nulidad, no cabe considerar que la acción restitutoria estuviera prescrita.

3.5. Fijación de un plazo máximo de prescripción

La adopción de un sistema subjetivo de cómputo del plazo de prescripción entraña el riesgo de alargar prácticamente *sine die* la incertidumbre sobre la existencia y exigibilidad de las pretensiones. Ello explica por qué un plazo de prescripción cuyo cómputo se haga depender de que el titular del derecho conozca o pueda razonablemente conocer los hechos que fundamentan su pretensión debe completarse, por exigencia de la seguridad jurídica —art. 9.3 CE—, con el establecimiento de un plazo máximo de prescripción —*long-stop limitation period*— fijado con base en criterios objetivos y más allá del cual no sea posible el ejercicio de la pretensión¹⁹⁰. En esta línea, MARÍN LÓPEZ, asumiendo una perspectiva subjetiva en la interpretación del artículo 1969 CC, es consciente del riesgo que entraña la adopción del criterio del conocimiento razonable, que puede determinar que el plazo de prescripción se prolongue en exceso o, incluso, indefinidamente, en claro perjuicio del deudor. Para evitar los efectos negativos que conlleva el criterio subjetivo de cómputo, el autor estima necesario el establecimiento de un plazo transcurrido el cual no pueda el titular de la pretensión hacerla valer por entenderse prescrita¹⁹¹.

¹⁸⁸ En este sentido, sostiene REYES LÓPEZ que el TS circunscribe la prueba de la cognoscibilidad del carácter abusivo de la cláusula «a esa relación contractual y excluye cualquier argumentación que pudiera fundarse en que se trata de hechos notorios». *Vid.* REYES LÓPEZ, *op. cit.*, p. 407. En contra, sostiene CUADRADO SOLER, siguiendo a la jurisprudencia menor, que el *dies a quo* puede coincidir con aquel en el que la información pública generalizada se convierte en un hecho de notoriedad absoluta o general, si bien no por la vía del conocimiento por el consumidor de la doctrina jurisprudencial sobre la abusividad de una cierta cláusula tipo —conocimiento al que no queda obligado el consumidor medio—, sino, por ejemplo, a través de campañas publicitarias masivas desplegadas por despachos de abogados, noticias aparecidas en los medios de comunicación o la promulgación de ciertas leyes sobre el particular. *Vid.* CUADRADO SOLER, «La prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios a la luz de las SSTJUE de 25 de abril de 2024 (asuntos C-484/21 y C-561/21) y las recientes modificaciones de la LEC», *Actualidad Civil*, n. 12, 2024.

¹⁸⁹ SSTs de 2 de diciembre de 2024 —ECLI:ES:TS:2024:5888—, 20 de mayo de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2206—, 28 de mayo de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2487—, 4 de junio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2692—, 10 de junio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2698—, ECLI:ES:TS:2025:2704 y ECLI:ES:TS:2025:2765—, 17 de junio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2885—, 17 de julio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:3607 y ECLI:ES:TS:2025:3609— y 21 de julio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:3591—.

¹⁹⁰ Como señala BADOSA COLL al analizar el régimen jurídico de la prescripción en los PECL, «[l]a falta de correlación entre el tiempo computado y el tiempo real impulsa a señalar un límite de tiempo real al tiempo jurídicamente computado» —*op. cit.*, p. 280—.

¹⁹¹ MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, p. 177.

El Código civil desconoce un plazo de estas características, aunque sí encontramos ejemplos de periodos prescriptivos máximos en la legislación especial¹⁹² y foral¹⁹³. Asimismo, es la tendencia seguida por los textos armonizadores al establecer sistemas que permitan a las partes pasar página, cerrando de manera definitiva relaciones jurídicas que han estado vivas durante un lapso de tiempo prolongado. Así, el artículo 23 CPCIM fija un límite general y absoluto de diez años, transcurridos los cuales el plazo de prescripción expirará «en todo caso». Un periodo máximo de prescripción de diez años establece también el artículo 10.2 (2) Principios UNIDROIT. Por su parte, los PECL —art. 14:307— y el DCFR —art. III.-7:307— limitan la extensión del plazo de prescripción por suspensión o posposición del vencimiento —no se incluyen los supuestos de interrupción, denominados «renewal of period» en la versión inglesa— a diez años, o a treinta si la acción tuviera por objeto la reclamación de una indemnización de daños y perjuicios. Este límite no se aplica a los supuestos en los que el plazo de prescripción se suspende por haber reclamado el acreedor su crédito en vía judicial o extrajudicial. Esta salvedad se explica por el hecho de que las partes no pueden influir en la duración del procedimiento, con lo que resultaría injusto que el acreedor se viera sorprendido por la aplicación de un plazo máximo de prescripción¹⁹⁴.

Los efectos negativos que implica la adopción del criterio del conocimiento para el cómputo del periodo prescriptivo de las acciones sin plazo especial podrían paliarse, siquiera en parte, con la aplicación de la doctrina del retraso desleal —*Verwirkung*¹⁹⁵—. Sin embargo, no se garantiza de este modo la seguridad jurídica, habida cuenta de las rigurosas exigencias impuestas por la jurisprudencia para apreciar la

¹⁹² Así, v. gr., el art. 144 TRLGDCU, el art. 311 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, y el art. 35 I de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

¹⁹³ El artículo 121-24 CCCat, bajo la rúbrica «Plazo de preclusión», establece una duración máxima para el periodo prescriptivo en los siguientes términos: «Cualquier pretensión susceptible de prescripción se extingue en todo caso por el transcurso ininterrumpido de treinta años desde su nacimiento, con independencia de que hayan concurrido en la misma causas de suspensión o de que las personas legitimadas para ejercerla no hayan conocido o no hayan podido conocer los datos o las circunstancias a que hace referencia el artículo 121-23, en materia de cómputo de plazos». Sigue la legislación catalana en este punto a los PECL y al DCFR al excluir la aplicación del periodo máximo de prescripción en aquellos casos en los que la extensión del plazo se haya producido por la concurrencia de un acto interruptivo. Con el establecimiento de un plazo de preclusión se trata de evitar los efectos perniciosos que para el tráfico produciría la existencia de pretensiones que no hubiesen sido ejercitadas y que pudieran seguir vivas de forma indefinida, generando una situación permanente de inseguridad jurídica —PUIG BLANES/SOSPEDRA NAVAS (coords.), «Artículo 121 24. Plazo de preclusión», *Comentarios al Código civil de Cataluña*, t. I, 3ª ed., Civitas, Madrid, p. 119—. Por su parte, la ley 23 FNN fija un plazo máximo de prescripción de treinta años desde el nacimiento de la pretensión, con independencia de que hayan concurrido causas de suspensión o interrupción de la prescripción.

¹⁹⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO/TORIBIOS FUENTES, *op. cit.*, p. 291.

¹⁹⁵ La *Verwirkung* es concebida por la doctrina alemana como una derivación del principio de buena fe que determina que el ejercicio de un derecho no prescrito pueda resultar inadmisibile por el paso del tiempo. En este sentido, se puede definir la *Verwirkung*, siguiendo a DÍEZ-PICAZO, como «el abuso del derecho consistente en un ejercicio del derecho realizado con un retraso desleal («illoyal verpätete Rechtsansübung»)» —*La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, p. 85—. La doctrina del retraso desleal puede incardinarse en el art. 7.2 CC, como una manifestación de la prohibición del abuso del derecho. Véase RUBIO GARRIDO, «SENTENCIA de 3 de diciembre de 2010. Intereses moratorios. Retraso desleal y abuso del derecho. Posible control judicial de los intereses moratorios y del pacto de anatocismo. Dificultad de defensa en los procedimientos de ejecución de títulos no judiciales», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 88, 2012, pp. 51 ss. La *Verwirkung* comparte con la prescripción uno de sus elementos configuradores, a saber, el tiempo y, más concretamente, la falta de ejercicio del derecho durante un cierto lapso temporal. No obstante, a diferencia de la prescripción, cuyos plazos vienen determinados por la Ley, el periodo que debe transcurrir para que se aprecie la existencia de un retraso desleal en el ejercicio de un derecho dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Asimismo, en la *Verwirkung* el elemento temporal es necesario, pero no suficiente, pues el ejercicio actual del derecho debe aparecer como desleal e intolerable para el adversario. Esta deslealtad e intolerabilidad se deben medir de manera objetiva, sin que sea necesario que el titular del derecho haya adoptado una actitud pasiva al objeto de sorprender con posterioridad a su adversario. En otros términos, la *Verwirkung* se produce con independencia de cuáles sean las causas que han provocado el retraso en el ejercicio del derecho, incluso cuando el titular no fuera ni siquiera conocedor de que le asistía la pretensión. Tampoco se exige que el sujeto pasivo haya confiado de manera efectiva en que el derecho ya no sería ejercitado; basta con que, valoradas objetivamente las circunstancias concurrentes, el sujeto pasivo podría haber confiado en que el titular del derecho ya no lo iba a ejercitar —DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La prescripción extintiva...*, *op. cit.*, p. 85—. Véase también CAÑIZARES LASO, *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 28 ss. Esporádicamente, la doctrina del retraso desleal ha sido acogida en diversas sentencias del TS, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, las de 28 de marzo de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:1875—, 28 de noviembre de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:7524—, 23 de noviembre de 2007 —ECLI:ES:TS:2007:8202—, 19 de diciembre de 2008 —ECLI:ES:TS:2008:6768—, 21 de enero de 2010 —ECLI:ES:TS:2010:461—, 19 de septiembre de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:4673—, 2 de marzo de 2017 —ECLI:ES:TS:2017:794—, 26 de abril de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:1502—, 21 de septiembre de 2021 —ECLI:ES:TS:2021:3425—, 21 de junio de 2022 —ECLI:ES:TS:2023:2933—, 26 de junio de 2023 —ECLI:ES:TS:2023:2935 y ECLI:ES:TS:2023:2933— y 22 de mayo de 2024 —ECLI:ES:TS:2024:2898—. *Vid.* VAQUER ALOY, «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos: La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 2, 1999, pp. 89 ss.

existencia de un retraso desleal que impida al titular de la pretensión su ejercicio. De esta suerte, serán muchos los casos en los que esta doctrina no resulte aplicable y, ante la inexistencia de un plazo máximo de prescripción legalmente establecido y la imposibilidad de calificar el retraso de desleal conforme a la doctrina jurisprudencial, el titular de la pretensión —o sus causahabientes— puede invocar su derecho largo tiempo después del nacimiento de la acción, en clara conculcación de la seguridad jurídica¹⁹⁶.

4. Conclusión

En Derecho de consumo, como hemos podido comprobar, la jurisprudencia europea consagra la regla en virtud de la cual el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución de las cantidades indebidamente pagadas en aplicación de una cláusula abusiva puede determinarse conforme a un criterio subjetivo, que toma en consideración el conocimiento por un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz de los hechos que fundamentan la pretensión restitutoria. Esta doctrina ha sido acogida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de junio de 2024, que fijó como *dies a quo* de la acción restitutoria el de la firmeza de la sentencia que declara la nulidad de la cláusula abusiva, salvo que el profesional acredite el conocimiento real o potencial por el consumidor de la abusividad en un momento anterior.

El razonamiento del Tribunal Supremo se asienta en una interpretación en clave subjetiva del artículo 1969 CC, precepto aplicable para la determinación del *dies a quo* del periodo prescriptivo de las acciones que no tienen señalado plazo especial, como lo es la acción de restitución. Más allá del tradicional enfrentamiento existente en la doctrina entre los autores que abogan por que el momento concluyente para la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción se hace depender del acaecimiento de una circunstancia objetiva, a saber, el nacimiento de la pretensión en la esfera jurídica, y aquellos otros que toman en consideración para el cómputo del plazo el conocimiento real o potencial por el titular del derecho de los elementos fácticos que fundamentan su pretensión y de la identidad de la persona contra la que reclamar, lo que sí nos parece evidente es que, tal y como se halla configurada jurídicamente la prescripción en el Código civil, la adopción de un criterio subjetivo de cómputo atenta contra la seguridad jurídica como fundamento de la prescripción, y esto por dos motivos principalmente. De un lado, porque genera una manifiesta incertidumbre en la fijación del *dies a quo* del plazo de prescripción. De otro lado, y estrechamente imbricado con lo anterior, porque, ante la dificultad que conlleva la determinación y prueba de cuándo un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz puede conocer los hechos que fundamentan su pretensión, se incrementa la litigiosidad, pese a que un instituto que encarna la seguridad jurídica —como, sin lugar a duda, lo es la prescripción— debería dirigirse, precisamente, a reducir dicha litigiosidad.

La adopción de un sistema subjetivo de cómputo del plazo de prescripción conlleva el riesgo de alargar la incertidumbre sobre la existencia y exigibilidad de las pretensiones prácticamente *sine die*. Es por ello que un plazo de prescripción cuyo cómputo dependa de que el titular del derecho conozca o pueda razonablemente conocer los hechos que fundamentan su pretensión ha de completarse, por razones de seguridad jurídica, con el establecimiento de un plazo de preclusión transcurrido el cual no sea posible el ejercicio de la pretensión.

5. Bibliografía

AGÜERO ORTIZ, Alicia, «Fin del debate sobre el plazo de prescripción de la acción de restitución de las cláusulas de gastos hipotecarios: la acción no está prescrita. Comentario a la STJUE 25.4.2024 (asunto C-484/21)», *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, mayo de 2024, pp. 1-7. Disponible en https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Fin_del_debate_sobre_el_plazo_de_prescripcion_e_la_accion.pdf (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *La prescripción extintiva*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.

¹⁹⁶ Véase MARÍN LÓPEZ, «El *dies a quo*...», *op. cit.*, p. 178.

- «Artículo 1.969», en ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL (coord.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXV, EDESA, Madrid, 1992, pp. 568-681.

BADOSA COLL, Ferran, «La prescripción en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos», en FERRER VANRELL, M^a PILAR/MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO (dirs.), *Principios de Derecho Contractual Europeo y Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 277-280.

BENDITO CAÑIZARES, María Teresa, «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (segunda parte)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 797, 2023, pp. 1291-1337.

- «Las claves olvidadas en el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos indebidamente cargados al consumidor: el “abuso de la prescripción”, la inexistencia de “causa retinendi” y el “realismo jurídico” (Primera parte)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 99, n. 796, 2023, pp. 853-918.

CADENAS OSUNA, Davinia, «La cláusula suelo a debate: análisis crítico del control de consentimiento y contenido en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 97, n. 785, 2021, pp. 1978-2022.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Hacia el carácter abusivo directo de las cláusulas no transparentes», *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, n. especial marzo, 2021, pp. 26-43.

CAÑIZARES LASO, Ana, «La prescripción entre la seguridad jurídica y la justicia intrínseca», blog *Almacén de Derecho*, entrada del 16 de mayo de 2024. Disponible en <https://almacendederecho.org/el-dies-a-quo-para-el-computo-de-la-prescripcion-extintiva-de-la-accion-de-restitucion> (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

- «Algunas claves para la reforma de la prescripción. En especial el dies a quo», *Revista de Derecho Civil*, v. V, n. 4, octubre-diciembre 2018, pp. 89-138.
- «Cómo regular la prescripción», blog *Almacén de Derecho*, entrada del 6 de febrero de 2018. Disponible en <https://almacendederecho.org/regular-la-prescripcion> (recuperado el 1 de noviembre de 2025).
- «Reflexiones sobre el nuevo plazo de prescripción de las acciones personales», blog *Hay Derecho*, entrada del 9 de marzo de 2016. Disponible en <https://www.hayderecho.com/2016/03/09/reflexiones-sobre-el-nuevo-plazo-de-prescripcion-de-las-acciones-personales/> (recuperado el 1 de noviembre de 2025).
- «Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo», *Revista de Derecho Civil*, *Revista de Derecho Civil*, v. II, n. 3, 2015, pp. 67-105.
- *La caducidad de los derechos y acciones*, Civitas, Madrid, 2001.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Estudios sobre prescripción civil y mercantil*, Tecnos, Madrid, 2025.

- «A vueltas (y esperemos que la última) sobre el plazo de prescripción de la acción nacida de la nulidad de la cláusula de repercusión al prestatario de todos los gastos hipotecarios», *Publicaciones jurídicas del Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, septiembre de 2017, pp. 1-9. Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Prescripcion_clausula_gastos_hipotecarios.pdf (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil, común y foral*, t. I, v. II, 15^a ed. 1^a reimpr., actualizada y puesta al día por ROMÁN GARCÍA, ANTONIO M., Reus, Madrid, 2007.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Artículo 1969», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13351-13355.

CUADRADO SOLER, Joan, «La prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios a la luz de las SSTJUE de 25 de abril de 2024 (asuntos C-484/21 y C-561/21) y las recientes modificaciones de la LEC», *Actualidad Civil*, n. 12, 2024.

DEL OLMO GARCÍA, Pedro, «La suspensión de la prescripción liberatoria: fragmentos de tradición y algunas dudas», en AA.VV., *La prescripción extintiva: XVII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, ed. digital, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 319-407.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *La prescripción extintiva en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007.

- «Comentario del art. 1.930», en AA.VV., *Comentario del Código civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2082-2085.
- «Comentario del art. 1.969», en AA.VV., *Comentario del Código civil. Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2166-2167.
- «En torno al concepto de prescripción», *Anuario de Derecho Civil*, t. XVI, n. 4, 1963, pp. 969-1000.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés/TORIBIOS FUENTES, Fernando, *La prescripción extintiva en Derecho de obligaciones. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2024.

DURÁN RIVACOBÁ, Ramón, «La viabilidad de la prescripción (Acerca del dies a quo en su cómputo para las acciones restitutorias de cantidades pagadas por el consumidor en virtud de una cláusula nula por abusiva)», *Diario LA LEY*, n. 10448, 2024.

GARCÍA GUTIÉRREZ, Francisco Javier, «*Dies a quo* en la acción restitutoria de los gastos hipotecarios: estado de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 25 de enero de 2024 (acumuladas C-810/21 y C-813/21)», *Diario LA LEY*, n. 10443, 2024.

GÓMEZ CORRALIZA, Bernardo, *La caducidad*, Montecorvo, Madrid, 1990.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel Manuel, *Fundamentos de Derecho civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Las SSTJUE de 25 de enero y 25 de abril de 2024 no exigen que el plazo de prescripción de la acción de restitución de gastos hipotecarios se inicie con la sentencia que declara la nulidad de la cláusula de gastos», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 50, 2024, pp. 51 a 187.

- «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 22, 2017, pp. 86-99.
- «El *dies a quo* del plazo de prescripción extintiva: el artículo 1969 del Código civil», en AA.VV., *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 15-234.

MARTÍNEZ GÓMEZ, Sheila, «Se reaviva el debate sobre la prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios tras la nota informativa del Ministerio de Consumo de 17.11.2020», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n. 37, 2011, pp. 12-32.

MATE SATUÉ, Loreto Carmen, «El instituto de la prescripción, la acción de restitución de cantidades y la protección de los consumidores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 804, 2024, pp. 1967-1999.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «La acción de nulidad no es una acción porque no entraña una pretensión», blog *Almacén de Derecho*, entrada del 5 de septiembre de 2017. Disponible en <https://almacenederecho.org/la-accion-nulidad-no-una-accion-no-entraña-una-pretensión> (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

MINISTERIO DE CONSUMO, «Nota informativa sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con gastos derivados de las hipotecas y otras cuestiones de ámbito financiero (2ª versión)», de 4 de marzo de 2021, pp. 1-3. Disponible en https://www.dsca.gob.es/sites/default/files/consumo_masinfo/preguntasFrecuentesGastosHipotecarios.pdf (recuperado el 1 de noviembre de 2025).

- «Nota informativa sobre los derechos que asisten a las personas consumidoras en relación con gastos derivados de las hipotecas y otras cuestiones de ámbito financiero», de 17 de noviembre de 2020, pp. 1-3.

PASQUAU LIAÑO, Miguel, *Nulidad y anulabilidad de los contratos*, Civitas, Madrid, 1997.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «El *dies a quo* y el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad por daños en el CC: criterios procedentes de algunos textos europeos y del Derecho estadounidense que podrán servir para su reforma e interpretación», *InDret*, n. 4, 2011, pp. 1-26.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, Francisco, *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

PUIG BLANES, Francisco de Paula, y SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coords.), «Artículo 121 24. Plazo de preclusión», *Comentarios al Código civil de Cataluña*, t. I, 3ª ed., Civitas, Madrid, p. 119.

REINHART SCHULLER, Robert, «Gastos hipotecarios: sobre el *dies a quo* tras las sentencias del TJUE», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 803, 2024, pp. 1841-1863.

REYES LÓPEZ, María José, «El *dies a quo* de la prescripción por cantidades anticipadas en cláusulas abusivas», *Revista Jurídica del Notariado*, n. 118, 2024, pp. 371-410.

RIBÓN SEISDEDOS, Eugenio, *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*, Madrid, Sepín, 2ª ed., 2017.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *La suspensión de la prescripción en el Código civil español: estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo, «Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6, 2017, pp. 87-96.

RUBIO GARRIDO, Tomás, «SENTENCIA de 3 de diciembre de 2010. Intereses moratorios. Retraso desleal y abuso del derecho. Posible control judicial de los intereses moratorios y del pacto de anatocismo. Dificultad de defensa en los procedimientos de ejecución de títulos no judiciales», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 88, 2012, pp. 51-72.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, «Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario», *Revista de Derecho Civil*, v. VI, n. 2, 2019, pp. 235-265.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, *La suspensión de la prescripción extintiva en el Derecho civil*, Comares, Granada, 1997.

VAQUER ALOY, Antoni, «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos: La recepción de la doctrina de la Verwirkung en la jurisprudencia española», *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, n. 2, 1999, pp. 89-130.

VIGUER SOLER, Pedro Luis, «Prescripción (Derecho civil)», en ARNALDO ALCUBILLA, ENRIQUE (coord. general), *Enciclopedia jurídica*, 16, La Ley, Madrid, 2008, pp. 9516-9524.

VILLARRUBIA GONZÁLEZ, Julio, «Golpe del TJUE con la Sentencia de 25 de enero de 2024 a la Banca española. Mantiene abierta la vía para la reclamación de los gastos de constitución de hipoteca tras resolver la prescripción de la acción restitutoria por la aplicación de cláusulas abusivas», *Diario LA LEY*, n. 10442, 2024.

6. Anexo jurisprudencial

6.1. Pronunciamientos de Audiencias Provinciales

AAP de Barcelona de 9 de diciembre de 2021 —ECLI:ES:APB:2021:9350A—.

SAP de Barcelona de 4 de marzo de 2002 —ECLI:ES:APB:2002:2665—.

SAP de Valencia de 1 de febrero de 2018 —ECLI:ES:APV:2018:1121—.

SAP de Vizcaya de 14 de marzo de 2018 —ECLI:ES:APBI:2018:787—.

SSAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2018 —ECLI:ES:APBI:2018:852 y ECLI:ES:APBI:2018:845—.

SAP de Barcelona de 25 de julio de 2018 —ECLI:ES:APB:2018:8760—.

SAP de Girona de 18 de octubre de 2018 —ECLI:ES:APGI:2018:1182—.

SAP de Girona de 29 de noviembre de 2018 —ECLI:ES:APGI:2018:1417—.

SAP de Barcelona de 23 de enero de 2019 —ECLI:ES:APB:2019:270—.

SAP de Granada de 20 de marzo de 2019 —ECLI:ES:APGR:2019:861—.
 SAP de Barcelona de 5 de abril de 2019 —ECLI:ES:APB:2019:3432—.
 SAP de Lugo de 2 de mayo de 2019 —ECLI:ES:APLU:2019:295—.
 SAP de Málaga de 31 de julio de 2019 —ECLI:ES:APMA:2019:1524—.
 SAP de Toledo de 5 de mayo de 2020 —ECLI:ES:APTO:2020:637—.
 SAP de Soria de 20 de julio de 2020 —ECLI:ES:APSO:2020:127—.
 SAP de Lugo de 17 de septiembre de 2020 —ECLI:ES:APLU:2020:607—.
 SAP de Soria de 5 de octubre de 2020 —ECLI:ES:APSO:2020:173—.
 SAP de Badajoz de 8 de octubre de 2020 —ECLI:ES:APBA:2020:1151—.
 SAP de Soria de 13 de octubre de 2020 —ECLI:ES:APSO:2020:180—.
 SAP de Valladolid de 21 de octubre de 2020 —ECLI:ES:APVA:2020:1325—.
 SAP de Castellón de 6 de noviembre de 2020 —ECLI:ES:APCS:2020:648—.
 SAP de Alicante de 30 de diciembre de 2020 —ECLI:ES:APA:2020:3385—.
 SAP de Lugo de 11 de enero de 2021 —ECLI:ES:APLU:2021:19—.
 SAP de Lugo de 23 de febrero de 2021 —ECLI:ES:APLU:2021:118—.
 SAP de Soria de 8 de marzo de 2021 —ECLI:ES:APSO:2021:79—.
 SAP de Soria de 17 de mayo de 2021 —ECLI:ES:APSO:2021:176—.
 SAP de Valencia de 22 de junio de 2021 —ECLI:ES:APV:2021:2519—.
 SAP de Barcelona de 5 de julio de 2021 —ECLI:ES:APB:2021:7237—.
 SAP de Soria de 9 de julio de 2021 —ECLI:ES:APSO:2021:248—.
 SAP de Islas Baleares de 16 de febrero de 2022 —ECLI:ES:APIB:2022:192—.
 SAP de Badajoz de 28 de septiembre de 2022 —ECLI:ES:APBA:2022:1247—.
 SAP de Islas Baleares de 28 de septiembre de 2022 —ECLI:ES:APIB:2022:2480—.
 SAP de Tarragona de 28 de septiembre de 2022 —ECLI:ES:APT:2022:1589—.
 SAP de Badajoz de 29 de septiembre de 2022 —ECLI:ES:APBA:2022:1283—.
 SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2022 —ECLI:ES:APM:2022:12806—.
 SAP de Barcelona de 5 de octubre de 2022 —ECLI:ES:APB:2022:10197—.
 SAP de Alicante de 22 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APA:2022:2639—.
 SAP de Soria de 22 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APSO:2022:509—.
 SSAP de A Coruña de 23 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APC:2022:3305 y ECLI:ES:APC:2022:3303—.
 .
 SAP de Cádiz de 23 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APCA:2022:2721—.
 SAP de Valladolid de 27 de diciembre de 2022 —ECLI:ES:APVA:2022:2000—.
 SAP de Cádiz de 9 de enero de 2023 —ECLI:ES:APCA:2023:1—.
 SAP de Murcia de 10 de enero de 2023 —ECLI:ES:APMU:2023:35—.
 SAP de Islas Baleares de 12 de enero de 2023 —ECLI:ES:APIB:2023:69—.
 SSAP de Asturias de 16 de enero de 2023 —ECLI:ES:APO:2023:60, ECLI:ES:APO:2023:69 y ECLI:ES:APO:2023:64—.
 SAP de A Coruña de 18 de enero de 2023 —ECLI:ES:APC:2023:90—.
 SAP de Cádiz de 18 de enero de 2023 —ECLI:ES:APCA:2023:17—.
 SAP de Islas Baleares de 18 de enero de 2023 —ECLI:ES:APIB:2023:71—.
 SAP de Madrid de 25 de enero de 2023 —ECLI:ES:APM:2023:1096—.
 SAP de Zamora de 8 de mayo de 2023 —ECLI:ES:APZA:2023:211—.
 SAP de Valencia de 29 de mayo de 2023 —ECLI:ES:JPI:2023:2340—.
 SAP de Girona de 31 de mayo de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:883—.
 SAP de Teruel de 13 de junio de 2023 —ECLI:ES:APTE:2023:102—.
 SAP de Girona de 13 de octubre de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:1725—.
 SSAP de Girona de 10 de noviembre de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:1972 y ECLI:ES:APGI:2023:1977—.
 .
 SAP de Guadalajara de 13 de noviembre de 2023 —ECLI:ES:APGU:2023:591—.
 SSAP de Girona de 29 de noviembre de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:2049, ECLI:ES:APGI:2023:2037 y ECLI:ES:APGI:2023:2141—.
 SSAP de Girona de 5 de diciembre de 2023 —ECLI:ES:APGI:2023:2134, ECLI:ES:APGI:2023:2142, ECLI:ES:APGI:2023:2135, ECLI:ES:APGI:2023:2140 y ECLI:ES:APGI:2023:2139—.
 SAP de Barcelona de 15 de marzo de 2024 —ECLI:ES:APB:2024:348—.

6.2. Pronunciamientos del Tribunal Supremo

ATS de 20 de julio de 2020 —ECLI:ES:TS:2022:11844A—.
 ATS de 22 de julio de 2021 —ECLI:ES:TS:2021:10157A—.
 ATS de 26 de noviembre de 2020 —ECLI:ES:TS:2020:11007A—.

STS de 24 de noviembre de 1895 —ECLI:ES:TS:1895:264—.
 STS de 1 de junio de 1900 —ECLI:ES:TS:1900:87—.
 STS de 8 de mayo de 1903 —ECLI:ES:TS:1903:1306—.
 STS de 26 de noviembre de 1943 —ECLI:ES:TS:1943:200—.
 STS de 29 de enero de 1952 —ECLI:ES:TS:1952:725—.
 STS de 13 de junio de 1958 —ECLI:ES:TS:1958:280—.
 STS de 20 de mayo de 1959 —ECLI:ES:TS:1959:1007—.
 STS de 25 de enero de 1962 —ECLI:ES:TS:1962:279—.
 STS de 18 de enero de 1963 —ECLI:ES:TS:1963:2873—.
 STS de 11 de junio de 1963 —ECLI:ES:TS:1963:2779—.
 STS de 27 de febrero de 1964 —ECLI:ES:TS:1964:4354—.
 STS de 24 de septiembre de 1965 —ECLI:ES:TS:1965:1046—.
 STS de 19 de abril de 1967 —ECLI:ES:TS:1967:3996—.
 STS de 27 de abril de 1968 —ECLI:ES:TS:1968:2083—.
 STS de 31 de octubre de 1968 —ECLI:ES:TS:1968:2809—.
 STS de 11 de noviembre de 1968 —ECLI:ES:TS:1968:2361—.
 STS de 12 de febrero de 1970 —ECLI:ES:TS:1970:511—.
 STS de 22 de marzo de 1971 —ECLI:ES:TS:1971:197—.
 STS de 1 de abril de 1971 —ECLI:ES:TS:1971:191—.
 STS de 6 de noviembre de 1971 —ECLI:ES:TS:1971:962—.
 STS de 10 de octubre de 1977 —ECLI:ES:TS:1977:804—.
 STS de 17 de diciembre de 1979 —ECLI:ES:TS:1979:5166—.
 STS de 16 de marzo de 1981 —ECLI:ES:TS:1981:4936—.
 STS de 8 de octubre de 1982 —ECLI:ES:TS:1982:1437—.
 STS de 22 de noviembre de 1983.
 STS de 2 de febrero de 1984 —ECLI:ES:TS:1984:347—.
 STS de 24 de febrero de 1992 —ECLI:ES:TS:1992:1480—.
 STS de 16 de febrero de 1993 —ECLI:ES:TS:1993:687—.
 STS de 24 de febrero de 1994 —ECLI:ES:TS:1994:14677—.
 STS de 7 de marzo de 1994 —ECLI:ES:TS:1994:1506—.
 STS de 6 de octubre de 1994.
 STS de 13 de diciembre de 1994 —ECLI:ES:TS:1994:8156—.
 STS de 13 de noviembre de 1998 —ECLI:ES:TS:1998:6721—.
 STS de 29 de abril de 2000 —ECLI:ES:TS:2000:3589—.
 STS de 5 de junio de 2000 —ECLI:ES:TS:2000:4604—.
 STS de 19 de julio de 2001 —ECLI:ES:TS:2001:6384—.
 STS de 24 de julio de 2001 —ECLI:ES:TS:2001:6589—.
 STS de 5 de marzo de 2003 —ECLI:ES:TS:2003:1497—.
 STS de 21 de marzo de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:1757—.
 STS de 28 de marzo de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:1875—.
 STS de 15 de julio de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:4836—.
 STS de 28 de noviembre de 2005 —ECLI:ES:TS:2005:7524—.
 STS de 21 de julio de 2006 —ECLI:ES:TS:2006:4427—.
 STS de 8 de enero de 2007 —res. 1385/2007, rec. 2487/1999—.
 STS de 23 de noviembre de 2007 —ECLI:ES:TS:2007:8202—.
 STS de 5 de junio de 2008 —res. 526/2008, rec. 838/2001—.
 STS de 14 de noviembre de 2008 —ECLI:ES:TS:2008:7242—.
 STS de 19 de diciembre de 2008 —ECLI:ES:TS:2008:6768—.
 STS de 11 de febrero de 2009 —res. 27/2009, rec. 2101/2002—.
 STS de 25 de marzo de 2009 —res. 222/2009, rec. 2623/2005—.
 STS de 19 de octubre de 2009 —ECLI:ES:TS:2009:6178—.
 STS de 21 de enero de 2010 —ECLI:ES:TS:2010:461—.
 STS de 5 de julio de 2010 —ECLI:ES:TS:2010:5403—.
 STS de 30 de diciembre de 2010 —ECLI:ES:TS:2010:7666—.
 STS de 12 de diciembre de 2011 —ECLI:ES:TS:2011:9335—.
 STS de 23 de noviembre de 2011 —ECLI:ES:TS:2011:8900—.
 STS de 28 de junio de 2012 —ECLI:ES:TS:2012:5702—.
 STS de 11 de diciembre de 2012 —ECLI:ES:TS:2012:9198—.
 STS de 19 de febrero de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:3408—.
 STS de 4 de abril de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:1827—.

STS de 9 de enero de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:205—.
 STS de 24 de abril de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:2753—.
 STS de 9 de mayo de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:1916—.
 STS de 21 de junio de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:6306—.
 STS de 19 de septiembre de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:4673—.
 STS de 2 de diciembre de 2013 —ECLI:ES:TS:2013:5712—.
 STS de 14 de enero de 2014 —ECLI:ES:TS:2014:49—.
 STS de 8 de septiembre de 2014 —ECLI:ES:TS:2014:3903—.
 STS de 10 de marzo de 2015 —ECLI:ES:TS:2015:1412—.
 STS de 24 de marzo de 2015 —ECLI:ES:TS:2015:1279—.
 STS de 23 de diciembre de 2015 —ECLI:ES:TS:2015:5618—.
 STS de 25 de noviembre de 2016 —ECLI:ES:TS:2016:5229—.
 STS de 30 de noviembre de 2016 —ECLI:ES:TS:2016:5288—.
 STS de 2 de marzo de 2017 —ECLI:ES:TS:2017:794—.
 STS de 8 de junio de 2017 —ECLI:ES:TS:2017:2244—.
 STS de 24 de noviembre de 2017 —ECLI:ES:TS:2017:4121—.
 STS de 24 de enero de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:139—.
 STS de 15 de marzo de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:848—.
 STS de 23 de marzo de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:1225—.
 STS de 26 de abril de 2018 —ECLI:ES:TS:2018:1502—.
 SSTS de 23 de enero de 2019 —ECLI:ES:TS:2019:101, ECLI:ES:TS:2019:102, ECLI:ES:TS:2019:103, ECLI:ES:TS:2019:104 y ECLI:ES:TS:2019:105—.
 STS de 11 de octubre de 2019 —ECLI:ES:TS:2019:3138—.
 STS de 12 de noviembre de 2019 —ECLI:ES:TS:2019:3528—.
 STS de 23 de junio de 2020 —ECLI:ES:TS:2020:2001—.
 STS de 21 de septiembre de 2021 —ECLI:ES:TS:2021:3425—.
 STS de 21 de junio de 2022 —ECLI:ES:TS:2023:2933—.
 SSTS de 26 de junio de 2023 —ECLI:ES:TS:2023:2935 y ECLI:ES:TS:2023:2933—.
 STS de 20 de noviembre de 2023 —ECLI:ES:TS:2023:5052—.
 STS de 25 de abril de 2024 —ECLI:ES:TS:2024:2040—.
 STS de 22 de mayo de 2024 —ECLI:ES:TS:2024:2898—.
 STS de 14 de junio de 2024 —ECLI:ES:TS:2024:3076—.
 STS de 2 de diciembre de 2024 —ECLI:ES:TS:2024:5888—.
 STS de 20 de mayo de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2206—.
 STS de 28 de mayo de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2487—.
 STS de 4 de junio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2692—.
 SSTS de 10 de junio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2698, ECLI:ES:TS:2025:2704 y ECLI:ES:TS:2025:2765—.
 STS de 16 de junio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2620—.
 STS de 17 de junio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:2885—.
 STS de 17 de julio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:3607 y ECLI:ES:TS:2025:3609—.
 STS de 21 de julio de 2025 —ECLI:ES:TS:2025:3591—.

6.3. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional

STC de 2 de octubre de 1997 —ECLI:ES:TC:1997:160—.
 STC de 31 de enero de 2005 —ECLI:ES:TC:2005:12—.

6.4. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE de 15 de diciembre de 2011, caso «Banca Antoniana Popolare Veneta SpA y Ministero dell'Economia e delle Finanze» —ECLI:EU:C:2011:844—.
 STJUE de 30 de mayo de 2013, caso «Erika Jörös y Aegon Magyarország Zrt.» —ECLI:EU:C:2013:340—.
 STJUE de 21 de diciembre de 2016, caso «Gutiérrez Naranjo» —ECLI:EU:C:2016:980—.
 STJUE de 9 de julio de 2020, caso «SC Raiffeisen Bank S.A. y J.B. contra BRD Groupe Société Générale S.A. y K.C.» —ECLI:EU:C:2020:537—.
 STJUE de 16 de julio de 2020, caso «Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria» —ECLI:EU:C:2020:578—.
 STJUE de 22 de abril de 2021, caso «Profi Credit Slovakia» —ECLI:EU:C:2021:313—.
 STJUE de 10 de junio de 2021, caso «BNP Paribas Personal Finance S.A.» —ECLI:EU:C:2021:470—.
 STJUE de 8 de septiembre de 2022, caso «E.K. y otros contra D.B.P.» —ECLI:EU:C:2022:646—.

STJUE de 15 de junio de 2023, caso «Bank M.» —ECLI:C:2023:478—.

STJUE de 25 de enero de 2024, casos «Caixabank, S.A. y W.E. y X.A.»; «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. y T.B. y U.K.»; «Banco Santander, S.A. y O.G.»; «O.K. y P.I. y Banco Sabadell, S.A.» —ECLI:EU:C:2024:81—.

STJUE de 25 de abril de 2024, caso «GP, BG y «Banco Santander, S.A.» —ECLI:EU:C:2024:362—.

STJUE de 25 de abril de 2024, caso «F.C.C., M.Á.B. y Caixabank, S.A.» —ECLI:EU:C:2024:360—.

STJUE de 13 de marzo de 2025, caso «MF y Banco Santander, S.A.» —ECLI:EU:C:2025:177—.

Jorge Luis Ordellin Font
CIDE, México

Llanos Cabedo Serna
Universidad de Alicante

Estudio comparado de la transposición del artículo 21 de la Directiva 2019/790 sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital

Sumario

-

El objetivo del artículo es comparar los diferentes mecanismos de solución alternativa de controversias que, entre los Estados miembros de la Unión Europea se han establecido para transponer el artículo 21 de la Directiva de Derechos de autor en el mercado único digital. El artículo se divide en dos partes, la primera estudia el sentido y alcance del artículo 21 de la Directiva y la segunda parte se dedica a un análisis de Derecho Comparado de las diversas legislaciones que han implementado dicho artículo entre los países miembros, tomando como referencia criterios como mecanismo de solución alternativa utilizado; institución que lo aplica; formación del facilitador; entre otros. La finalidad del análisis es establecer tendencias, semejanzas y diferencias en el uso de mecanismos alternativos para la solución de controversias de derechos de autor en la Unión Europea.

Abstract

-

The aim of the article is to compare the different alternative dispute resolution mechanisms that have been established among the member states of the European Union to transpose Article 21 of the Copyright Directive in the Digital Single Market. The article is divided into two parts, the first part studies the meaning and scope of Article 21 of the Directive and the second part is dedicated to a Comparative Law analysis of the various legislations that have implemented said article among the member states, taking as reference criteria such as ADR mechanism used; institution that applies the ADR; training of the facilitator; among others. The purpose of the analysis is to establish trends, similarities and differences in the use of ADR for the settlement of copyright disputes in the European Union.

Title: *Comparative study of the transposition of Article 21 of the Copyright Directive and the Digital Single Market*

-

Palabras clave: medios alternativos de solución de conflictos, mecanismo de adaptación de contratos, transparencia, derechos de autor y derechos conexos, propiedad intelectual, mercado único digital europeo, Directiva 2019/790, contratos de explotación de autores y artistas, remuneración adecuada y proporcionada

Keywords: *alternative dispute resolution, contract adaptation mechanism, transparency, copyright and related rights, intellectual property, European digital single market, Directive 2019/790, contracts for the exploitation of works and other subject matter, appropriate and proportionate remuneration*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.04

1.2026

Recepción
05/06/2025

-

Aceptación
30/10/2025

-

Índice

-

1. *Introducción*

2. *El artículo 21 de la Directiva 2019/790*

2.1. Características de la disposición

2.2. El ámbito de aplicación de la disposición

3. *Análisis comparado*

3.1. Tipos de MASC implementados por las legislaciones nacionales para los conflictos previstos en el art. 21 DDSM

a) Mediación como MASC específico para los conflictos previstos en el art. 21 DDSM

b) Mediación y arbitraje opcionales

c) Indeterminación del MASC aplicable

3.2. Entidad encargada de la resolución alternativa de conflictos

3.3. Exigencia de especialización para formar parte del órgano encargado de la resolución de controversias

a) Estados miembros que requieren especialización en derechos de autor

b) Estados miembros que no requieren especialización en derechos de autor

3.4. Cuestiones de carácter procedimental

a) Legitimación activa

b) Posibilidad de hacer propuestas por parte del facilitador/a

3.5. Cuestiones particulares reguladas en algunos Estados miembros

4. *Conclusiones*

5. *Bibliografía*

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La Unión Europea (en adelante, UE) está comprometida con el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia para todos sus ciudadanos, lo que supone asegurar un mejor acceso a la justicia, tanto a métodos judiciales como extrajudiciales de resolución de litigios¹. De acuerdo con la UE, el desarrollo y funcionamiento adecuados de los MASC en asuntos civiles y mercantiles simplifica y mejora el acceso a la justicia².

En este contexto, la UE promueve la utilización de MASC en los conflictos de carácter civil relativos a los derechos de autor y conexos. Así, se prevén procedimientos de resolución alternativa de litigios entre entidades de gestión colectiva, titulares de derechos y usuarios³ y entre creadores y artistas intérpretes o ejecutantes y sus licenciarios relacionados con el cumplimiento de la obligación de transparencia y el mecanismo de adaptación del contrato⁴. Llama particularmente la atención que la UE ha pasado de establecer que los Estados miembros tienen la posibilidad de regular los MASC para la solución de determinados conflictos en derechos de autor (art. 34 de la Directiva 2014/26) a la obligación de hacerlo, conforme a lo previsto en el art. 21 DDSM⁵. No se han encontrado argumentos que expliquen este cambio de

* Llanos Cabedo Serna es miembro del Proyecto de Generación de Conocimiento del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades PID2023-151076OB-I00 «Identidad digital, propiedad sobre activos digitales, propiedad intelectual y mercado ante las tecnologías disruptivas y los nuevos mundos digitales» (DIG-IPROPMARKT_3.0).

¹ Dentro de las seis prioridades de la Comisión Europea recogidas en el programa «Una Europa adaptada a la Era Digital» de 2010, el programa «Justicia 2021-2027» pretende contribuir al desarrollo de un espacio europeo de justicia basado en el Estado de Derecho y, en particular, facilitar el acceso efectivo a la justicia para todos y la tutela judicial efectiva incluso por medios electrónicos (e-Justicia). En lo que a este estudio se refiere, el Reglamento (UE) 2021/693 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de abril de 2021 por el que se establece el programa Justicia (DO L 156 de 5.5.2021) dispone en su Considerando 14 que «Debe también promover una mayor convergencia del Derecho civil a fin de contribuir a eliminar los obstáculos a un funcionamiento satisfactorio y eficiente de los procesos judiciales y *extrajudiciales* en beneficio de todas las partes en los litigios civiles» (la cursiva es nuestra).

² Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, 19.04.2002 (COM/2002/0196 final). Aunque se suelen usar las siglas ADR (*Alternative Dispute Resolution*) para hacer referencia a los métodos extrajudiciales de solución de conflictos, en el presente trabajo nos referimos a los métodos alternativos de resolución de conflictos con las siglas MASC, por tratarse del término más aceptado en lengua española.

³ Arts. 33, 34 y 35.1 de la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado (DO L 84 de 20.03.2014), en adelante, Directiva 2014/26. Ahora bien, como señala el art. 35.2, tales disposiciones no afectarán al derecho de las partes a alegar y defender sus derechos recurriendo a la vía judicial.

⁴ Art. 21 de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (DO L 130 de 17.5.2019), en adelante, DDSM.

⁵ Mientras que el art. 34 dispone que «Los Estados miembros *podrán* establecer que los conflictos entre entidades de gestión colectiva, miembros de entidades de gestión colectiva, titulares de derechos o usuarios en relación con las disposiciones de Derecho nacional adoptadas con arreglo a los requisitos que establece la presente Directiva se puedan someter a un procedimiento rápido, independiente e imparcial de resolución alternativa de litigios», el art. 21 establece que «Los Estados miembros *dispondrán* que los litigios relativos a la obligación de transparencia prevista en el artículo 19 y el mecanismo de adaptación de contratos establecido en el artículo 20 puedan someterse a un procedimiento alternativo de resolución de litigios de carácter voluntario» (las cursivas son nuestras). Por otro lado, el Considerando 79 DDSM señala que «los Estados miembros *deben* establecer un

posición del legislador comunitario, salvo el hecho de que la Comisión Europea, en el trámite de aprobación de la DDSM, consideró que la creación de la obligación de transparencia y el mecanismo de revisión de los contratos debía ir unida a la obligación de los Estados miembros de ofrecer a las partes contractuales la posibilidad de acudir a algún MASC⁶. En cualquier caso, este cambio de enfoque de la UE en materia de promoción del uso de MASC en el ámbito de los derechos de autor y conexos en el contexto digital permite afirmar que estamos ante una política pública comunitaria.

Centrándonos en el art. 21 DDSM⁷, son indudables las ventajas que el uso de MASC representa para la solución de conflictos de derechos de autor y conexos en el marco de las relaciones contractuales. En este sentido, la doctrina especializada destaca la reducción de costes de protección de estos derechos⁸, la confidencialidad⁹, las instituciones que realizan la actividad mediadora a nivel nacional¹⁰ o internacional¹¹ o la posibilidad de utilizar la vía electrónica¹². Sin embargo, no existen estudios que analicen cómo se ha implementado en el marco comunitario europeo el art. 21 DDSM, por lo que el presente trabajo pretende servir para colmar esta laguna doctrinal. La transposición de la citada disposición en la mayoría de los Estados miembros ha dado lugar a un panorama diverso, tal y como se expone particularmente en el epígrafe 3, de manera que la finalidad de este estudio es tratar de señalar las tendencias, semejanzas y diferencias en el uso de MASC para la solución de controversias de derechos de autor y derechos conexos, en particular en relación con la obligación de transparencia y el mecanismo de adaptación de los contratos. De esta manera, se coadyuva también a la política pública de la UE relativa a la efectiva implantación de los MASC en el ámbito de la propiedad intelectual como un medio para desjudicializar los conflictos en la materia.

Desde nuestro punto de vista, el análisis de la transposición de una norma comunitaria requiere, como paso previo, el examen de la norma misma, ya que los elementos que la conforman resultan determinantes para su implementación. Por dicho motivo, este trabajo tiene, como primer objetivo de carácter general, el análisis de las características y el ámbito de aplicación del art. 21. El segundo objetivo se refiere a la transposición de la norma por los distintos Estados miembros

procedimiento alternativo de resolución de litigios con respecto a las reclamaciones presentadas por autores y por artistas intérpretes o ejecutantes, o por sus representantes en su nombre, relativas a las obligaciones de transparencia y al mecanismo de adaptación del contrato» (la cursiva es nuestra).

⁶ A esta cuestión nos referimos más extensamente en el apartado 2 del presente trabajo.

⁷ «Los Estados miembros dispondrán que los litigios relativos a la obligación de transparencia prevista en el artículo 19 y el mecanismo de adaptación de contratos establecido en el artículo 20 puedan someterse a un procedimiento alternativo de resolución de litigios de carácter voluntario. Los Estados miembros garantizarán que los organismos que representan a los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes puedan iniciar tales procedimientos a petición expresa de uno o varios autores o artistas intérpretes o ejecutantes».

⁸ JABALY, «IP litigation or ADR: costing out the decision», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 5, n.º. 10, 2010.

⁹ BENTLY/ SHERMAN, *Intellectual property law*, 4th ed., Oxford, OUP, 2014.

¹⁰ ARMENGOT VILAPLANA, «Las nuevas funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual», *Revista General de Derecho Procesal*, 27, 2012.

¹¹ MONTESINOS GARCÍA, «Últimas tendencias en la resolución alternativa de conflictos relativas a la propiedad intelectual: el Centro de Arbitraje y mediación de la OMPI», *Revista General de Derecho Procesal*, 30, 2013.

¹² LANG, *A practical guide to mediation in intellectual property, technology and related disputes*, London, Sweet & Maxwell, 2001.

desde una perspectiva comparada, para la cual se han tenido en cuenta todas las legislaciones nacionales que han implementado el art. 21¹³.

Dado el elevado número de normas jurídicas en juego, no se analizan cuestiones previstas en normas nacionales de carácter procesal o que regulan MASC con carácter general (como el carácter ejecutivo de los acuerdos o las normas procedimentales). Tampoco se realiza un análisis de decisiones jurisprudenciales, puesto que no existe todavía jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el art. 21 DDSM y el estudio de la jurisprudencia por países excede el ámbito de investigación de este trabajo.

2. El artículo 21 de la Directiva 2019/790¹⁴

De acuerdo con el Considerando 79 DDSM, los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes¹⁵ suelen ser reacios a hacer valer sus derechos frente a sus socios contractuales ante un órgano jurisdiccional. Si bien el Considerando no se refiere a los motivos de tal renuencia¹⁶, podemos apuntar múltiples razones para ello, entre las que encontramos el alto coste económico de los litigios judiciales, las dificultades en materia probatoria, la deficiente relación costo-beneficio y las complejidades y especificidades de los litigios cuando adquieren carácter internacional por el uso de Internet¹⁷. Con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos de autores

¹³ Para poder constatar el estado de la transposición, se ha utilizado la información disponible en el sitio oficial de la Unión Europea donde se encuentran las medidas nacionales de transposición comunicadas por los Estados miembros en relación con la DDSM. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/NIM/?uri=CELEX:32019L0790> (fecha de consulta noviembre de 2025). En algunos casos, la web dispone de traductor automático, que es el que se ha utilizado para la consulta de ciertas leyes. Cuando no se ha podido hacer uso del mismo, se ha empleado el traductor DeepL. La fecha de consulta de las páginas web de contenido legislativo que aparecen mencionadas en el presente trabajo es de noviembre de 2025.

¹⁴ El iter legislativo del art. 21 resultó bastante pacífico ya que apenas sufrió cambios. En un primer momento, la referencia a los mecanismos de solución alternativa de conflictos se recogió en el art. 16 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los derechos de autor en el mercado único digital, 14.9.2016, COM (2016) 593 final. Ni el Comité Europeo de las Regiones ni el Comité Económico y Social Europeo hicieron ninguna mención particular a esta cuestión. Tras pasar por el Parlamento Europeo y el Consejo, se añadió la segunda frase del art. 21. Finalmente, además del cambio de numeración del artículo (del 16 pasó al 21), en la DDSM se modificó el título del mismo (en la Propuesta se había titulado «Mecanismo de resolución de litigios»), pasando a denominarse «Procedimiento alternativo de resolución de litigios».

¹⁵ Como artista intérprete o ejecutante es considerado todo actor, cantante, músico, bailarín u otra persona que represente un papel, cante, recite, declame, interprete o ejecute en cualquier forma una obra literaria o artística conforme el artículo 3 de la Convención de Roma. Si bien la doctrina plantea distinciones entre una u otra figura, lo cierto es que coincidimos con SÁNCHEZ ARISTI en la poca trascendencia jurídica que tiene sostener esta distinción, al no existir ninguna previsión legal que se aplique a unos y no a otros. SÁNCHEZ ARISTI, «Comentarios a los artículos 105-112 del TRLPI» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, p. 1443. Sobre la distinción entre los términos puede consultarse. RIVERO HERNÁNDEZ, «Interpretación y Obra derivada», en ROGEL VIDE (coord.), *Interpretación y autoría*, Colección de Propiedad Intelectual, Fundación AISGE y Editorial Reus, Madrid, 2004, pp. 86-87 y LIPSZYC, *Derecho de autor y derechos conexos*, reimpresión inalterada de la edición de 1993, Ediciones UNESCO, CERLAC y Zavalía, Buenos Aires, 2006, p. 376, entre otros.

¹⁶ Tampoco explica el Considerando las ventajas del uso de MASC. Además de las ya enumeradas en la Introducción del presente trabajo (reducción de los costes de protección de los derechos, confidencialidad, instituciones especializadas y posibilidad de utilizar la vía electrónica), puede señalarse que sirven para eliminar las barreras del mercado interior que existen en el momento de determinar los tribunales competentes, la ley aplicable y la ejecución de la sentencias, de manera que facilitan el acceso a la justicia para todos.

¹⁷ PALAO MORENO, «Propriedade intelectual e direito internacional privado na união europeia», in WACHOWICZ (coord.), *Estudos de Direito da Propriedade Intelectual*, Curitiba, GEDAI, 2015, p. 71.

y artistas intérpretes o ejecutantes, sin obligarles a acudir a la vía judicial, el art. 21 DDSM impone a los Estados miembros la obligación de establecer un procedimiento alternativo de resolución de litigios al que puedan acudir las partes.

2.1. Características de la disposición

Esta disposición tiene una doble característica: es abierta e imperativa. En primer lugar, su naturaleza de disposición de carácter abierto implica que deja libertad a los Estados miembros para regular todos y cada uno de los aspectos relativos a los MASC (tipo, organismo, procedimiento) y decidir las modalidades de organización de cada uno de los sistemas alternativos de resolución de litigios¹⁸. Podemos afirmar desde ahora que esta característica ha influido directamente en el resultado de su implementación, puesto que se ha generado disparidad entre las legislaciones nacionales en prácticamente todas las cuestiones relativas a los MASC. Lógicamente, esta disparidad genera incertidumbre en relación con el cumplimiento de los parámetros de eficiencia, accesibilidad e imparcialidad; el carácter voluntario u obligatorio; el poder de negociación desigual de las partes contratantes¹⁹ y el cumplimiento de los acuerdos cuando tiene efectos transfronterizos, entre otros aspectos. El carácter abierto de la disposición, si bien respeta las tradiciones jurídicas de cada país y lo dispuesto en cada ordenamiento jurídico, no ayuda a resolver el problema de la aceptación de los MASC en la práctica; todo lo contrario, la disparidad producida tras la transposición no beneficia la generalización de su uso, sobre todo en aquellos países donde no existe costumbre en el uso de métodos extrajudiciales de solución de conflictos o se encuentran poco aceptados²⁰.

En segundo lugar, el art. 21 tiene carácter imperativo. No sólo se deduce del tenor de la propia disposición²¹, sino también de lo dispuesto en el art. 23.1 DDSM, de acuerdo con el cual los Estados miembros deben velar por que ninguna disposición contractual que impida el cumplimiento del art. 21 sea de aplicación a los autores ni a los artistas intérpretes o ejecutantes²². De esta manera, se refuerza la imperatividad del art. 21²³. Los Estados miembros también deben

¹⁸ DUSOLLIER et. al., *Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market*, disponible en https://europeancopyrightsociety.org/wp-content/uploads/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf (fecha de consulta: 24 de mayo de 2025).

¹⁹ HILTY/MOSCON, *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition 2017*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-12, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3036787>, p. 76 (fecha de consulta: 24 de mayo de 2025).

²⁰ OMPI, *Mecanismos extrajudiciales de solución de controversias para controversias en materia de derechos de autor y contenidos digitales entre empresas (B2B). Informe sobre los resultados de la encuesta de la OMPI-MCST*, Ginebra, OMPI, 2021, p.4.

²¹ Los Estados miembros *dispondrán* que los litigios relativos a la obligación de transparencia prevista en el artículo 19 y el mecanismo de adaptación de contratos establecido en el artículo 20 puedan someterse a un procedimiento alternativo de resolución de litigios de carácter voluntario (la cursiva es nuestra).

²² Esta disposición se refiere, además, a los arts. 19 (obligación de transparencia) y 20 (mecanismo de adaptación del contrato) DDSM.

²³ Como afirma el Considerando 81 DDSM, las disposiciones relativas a la transparencia, los mecanismos de adaptación de los contratos y los procedimientos alternativos de resolución de litigios establecidas en la presente Directiva deben tener carácter imperativo y las partes no deben poder establecer excepciones a dichas disposiciones, estén incluidas en contratos entre autores, artistas intérpretes o ejecutantes y sus partes contratantes o en acuerdos entre estas partes contratantes y terceros, como los acuerdos de confidencialidad.

asegurar, de acuerdo con el Considerando 79, que el uso de MASC no afecte al derecho de las partes a alegar y defender sus derechos recurriendo a la vía judicial²⁴.

La obligación de los Estados miembros de velar por que ninguna disposición contractual impida el cumplimiento de los arts. 19 (obligación de transparencia), 20 (mecanismo de adaptación de los contratos) y 21 (MASC), se ha consagrado en las legislaciones nacionales de diversas maneras. Algunos ordenamientos han impuesto la nulidad de pleno de derecho de la cláusula en virtud de la cual se impide o restringe la posibilidad de acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias. Así ocurre en Bulgaria²⁵, Eslovenia²⁶, Grecia (aunque, en este caso, se precisa que la nulidad solo puede ser invocada por el autor)²⁷, Letonia²⁸ y Suecia²⁹. En otros casos, se recurre a la inoponibilidad de las disposiciones contractuales que impidan a los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes someter dichos conflictos a los procedimientos de resolución alternativa, como en Dinamarca, donde además se declara que los artículos en cuestión no pueden derogarse en perjuicio del autor³⁰.

²⁴ Además, conforme al art. 21, los Estados miembros deben garantizar que los organismos que representen a los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes puedan iniciar tales procedimientos a petición expresa de uno o varios de sus representados. Por otro lado, también deben disponer de flexibilidad para decidir cómo asignar las costas del procedimiento de resolución de litigios.

²⁵ Art. 94 Ju. 6 del Decreto n° 211, por el que se promulga en el Boletín Oficial la Ley por la que se modifica y completa la Ley de derechos de autor y derechos afines, aprobada por la 49ª Asamblea Nacional el 23 de noviembre de 2023, Държавен вестник; 100; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/PDF/?uri=NIM:202306260>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Bulgaria). Además, el art. 94 J.4 de la Ley de Derechos de Autor de Bulgaria también establece la prohibición de impedir o restringir la posibilidad de acudir a la mediación en estos supuestos.

²⁶ Art. 82. Bis. 3 de la Ley de modificación de la Ley de derechos de autor y derechos conexos (ZASP-I), 2022, Boletín Oficial de la República de Eslovenia, núm. 130/22, disponible en <https://pisrs.si/pregledPredpisa?id=ZAKO8300>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Eslovenia).

²⁷ Art. 39A. 1.2 de la Ley Pública n° 4996 de 24 de noviembre de 2022, Establecimiento de normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas emisiones en línea de organismos de radiodifusión y retransmisiones de programas de televisión y radio, manteniendo un alto nivel de protección de los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y el derecho de préstamo público y reproducción de copias adicionales de bibliotecas o archivos sin ánimo de lucro - Modificación de la Ley No. 2121/1993 y de la Ley No. 4481/2017 - Incorporación de las Directivas (UE) 2019/789, (UE) 2019/790 y 2006/115/CE, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=NIM:202207410>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Grecia).

²⁸ En este caso solo se ha previsto la nulidad de la cláusula contractual que prevea la renuncia del autor a los derechos a que se reconocen a partir del derecho a la compensación justa por la enajenación de derechos de propiedad o por el uso del trabajo y obligación de facilitar información, pero no por materia de MASC. Arts. 45.1.8 y 45.2.7 de la Ley de derechos de autor, Boletín Oficial de Letonia, 148/150, 27.04.2000, modificada, disponible en <https://likumi.lv/ta/id/5138-autortiesibu-likums> (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Letonia).

²⁹ Segundo párrafo del art. 27 de la Ley 2022:1712 de modificación de la Ley (1960:729) sobre derechos de autor de obras literarias y artísticas, de 13 de diciembre de 2022, Svensk författningssamling (SFS), disponible en https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1960729-om-upphovsratt-till-litterara-och_sfs-1960-729/ (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Suecia).

³⁰ Art. 44.1. en relación con el Art. 55d. También se establecen otras disposiciones como la inaplicación de las disposiciones a los autores de programas de ordenador (44.2); aplicación de las disposiciones a las obras y prestaciones protegidas en la fecha de entrada en vigor de la Ley (44.3), imposibilidad de eludir estos derechos mediante acuerdos contractuales en contrario (44.6). LBN n° 1144 del 23/10/2014, Ley de Derechos de Autor, disponible en <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2014/1144>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Dinamarca).

En otros ordenamientos jurídicos, como Alemania, se establece que el acuerdo que se haya adoptado en perjuicio del autor no puede ser invocado por la otra parte contratante ni por otros usuarios de la obra³¹. La regulación llama la atención porque no siempre resulta claro qué debe entenderse como perjudicial para el autor, de modo que podría interpretarse que si el acuerdo fuera favorable al autor se podría aplicar la cláusula en virtud de la cual se acuerda no someter la controversia a un mecanismo alternativo de solución de controversias. Sin embargo, todo parece indicar que esta interpretación no es válida, dado que el art. 23.1 DDSM prohíbe la cláusula impeditiva o restrictiva sin tomar en consideración que sea favorable o perjudicial al autor.

No todos los Estados miembros han llevado a cabo la transposición del art. 23.1 DDSM. Es el caso particular de España³², lo que plantea la duda acerca de si el legislador español ha dotado de imperatividad a lo dispuesto en el art. 21³³. Es cierto que el TRLPI cuenta con la previsión del art. 55 («Salvo disposición de la propia Ley, los beneficios que se otorgan en el presente Título a los autores y a sus derechohabientes serán irrenunciables»), por lo que está claro que el mecanismo de adaptación de los contratos (art. 47 TRLPI) tiene carácter irrenunciable y no cabe pacto alguno que impida su ejercicio³⁴. Ahora bien, dada la técnica legislativa empleada por el legislador español, el art. 55 no es aplicable al beneficio previsto en el art. 75 RDL 24/2021 (obligación de transparencia) ni al previsto en el art. 194.5.b) TRLPI (MASC), puesto que ninguno de ellos forma parte del Título V del Libro I TRLPI, que es el Título al que se refiere el art. 55³⁵. Dicho esto, el carácter imperativo de la redacción del art. 75 permitiría superar el problema derivado de la falta de transposición del art. 23.1. En cambio, el art. 194.5.b) no recurre a la imperatividad, puesto que señala que «El ámbito material de actuación de la Sección Primera de la Comisión de

³¹ 32 septies 2 de la Ley para adaptar los derechos de autor a las exigencias del mercado interior digital, Boletín Oficial Federal Volumen 2021 Parte I No. 27, publicado en Bonn el 4 de junio de 2021, disponible en <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-anpassung-des-urheberrechts-an-die-erfordernisse-des-digitalen/273942>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Alemania).

³² Sí que se transpuso, en cambio, el art. 23.2 DDSM que prevé la inaplicación de los arts. 18 a 22 a los autores de programas de ordenador en el sentido del art. 2 de la Directiva 2009/24/CE. En cumplimiento del mismo, se dispone expresamente que ni el mecanismo de revisión de los contratos (art. 47.3 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE, no. 97, de 22.04.1996, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>, (en adelante, TRLPI de España) ni la obligación de transparencia (art. 75.5 RDL 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, BOE no. 263, de 3 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/11/02/24>, (en adelante, RDL 24/2021) se aplicarán a los autores de programas de ordenador.

³³ Esta duda se extiende a la obligación de transparencia y al mecanismo de adaptación de los contratos por la misma razón. De acuerdo con SÁNCHEZ ARISTI/OYARZÁBAL OYONARTE, «Decadencia y caída del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: la transposición de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital por el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre», *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, nº 69, 2021, p. 150, nuestro legislador no ha reflejado, o no lo ha hecho correctamente, la imperatividad de esas tres figuras.

³⁴ RUBÍ PUIG, «El mecanismo de adaptación contractual del artículo 20 de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital y su transposición al Derecho español», *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, nº 73, 2023, p. 56.

³⁵ SÁNCHEZ ARISTI/OYARZÁBAL OYONARTE, *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, nº 69, 2021, p. 167.

Propiedad Intelectual en el ejercicio de sus funciones de mediación y/o arbitraje señaladas en los apartados 1 y 2 del presente artículo *podrá* comprender...».

De este modo, la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual (en adelante, CPI) no está obligada a asumir estas funciones en relación con los litigios derivados de la obligación de transparencia y el mecanismo de adaptación de los contratos. Ahora bien, dado que la Sección Primera CPI no asume de forma exclusiva las funciones de arbitraje y mediación en relación con estos litigios, las partes pueden acudir a otros árbitros o mediadores, por lo que cabría concluir que, finalmente, el Estado español sí ha cumplido el mandato previsto en el art. 21 DDSM. Sin embargo, al no existir ninguna disposición legal que prohíba expresamente acuerdos contractuales que impidan a los autores y a los artistas intérpretes o ejecutantes acceder a los MASC, pueden existir dudas acerca de la validez de los mismos.

La imposibilidad de renunciar al uso de MASC para solucionar este tipo de controversias no se puede entender como que el mecanismo es, en sí mismo, obligatorio. Por el contrario, el art. 21 DDSM establece claramente la voluntariedad del procedimiento alternativo de resolución de litigios, de manera que los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes no pueden ser obligados a someterse a un procedimiento de MASC, sea la mediación o cualquier otro. Algunos Estados miembros, como Hungría, reconocen el carácter voluntario del procedimiento de forma expresa, de ahí que la Junta de Conciliación no pueda obligar a las partes a participar en el procedimiento ni a realizar actuaciones procesales, a menos que las partes así lo acuerden³⁶. Mientras que en Chipre se regula dicho carácter cuando se establece el requerimiento del previo acuerdo de las partes para poder someter los conflictos a mediación³⁷. Por su parte, el art. 194.1 y 2 TRLPI español establece que la Sección Primera CPI sólo puede ejercer sus funciones de mediación y arbitraje «previo sometimiento voluntario de las partes». Estados como Bulgaria³⁸; Irlanda³⁹,

³⁶ Sección 105.1 de la Ley XXXVII de 2021 que modifica la Ley LXXVI de 1999 sobre derechos de autor y la Ley XCIII de 2016 sobre la gestión conjunta de los derechos de autor y los derechos relacionados con los derechos de autor, disponible en <https://njt.hu/jogszabaly/2021-37-00-00.0> (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Hungría).

³⁷ Art. 45 de la Ley Número 155(I) de 2022, por la que se modifican las Leyes sobre Derechos de Autor y Derechos Afines, enmienda de 2022, Cyprus Gazette; 4912, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:72006L0115CYP_202206584 (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Chipre).

³⁸ Arts. 38.2 y 76.4 de la Ley de Derechos de Autor de Bulgaria.

³⁹ Arts. 27.9 y 28.5 S.I. No. 567/2021 - European Union (Copyright and Related Rights in the Digital Single Market) Regulations 2021, 19th November, 2021, disponible en <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2021/si/567/made/en/pdf> (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Irlanda).

Italia⁴⁰, Lituania⁴¹, Malta⁴² y Portugal⁴³ reconocen de forma expresa el derecho a recurrir ante la autoridad judicial aunque se haya acudido a la solución alternativa de controversias.

En definitiva, las partes tienen la posibilidad de acudir a los tribunales o someterse a cualquier MASC previo acuerdo y la imposibilidad de renunciar a ello. De esta manera, se fomenta el uso de MASC puesto que, si bien no es obligatoria su utilización, las partes no pueden renunciar a ella de forma anticipada en el momento de celebrar el contrato de explotación, considerándose que dicha renuncia sería perjudicial para la parte más débil de la relación contractual, como son los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes⁴⁴.

2.2. El ámbito de aplicación de la disposición

Expuestas las características del art. 21, es también importante señalar que la obligación de los Estados miembros de garantizar el acceso a los MASC queda limitada a los litigios que se refieran a la obligación de transparencia (art. 19 DDSM) y al mecanismo de adaptación de los contratos (art. 20 DDSM), tal y como señala la propia norma.

No está claro el motivo por el que la obligación señalada se ha limitado a estos dos mecanismos ya que los mismos forman parte de un conjunto de medidas destinadas a asegurar que los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes obtengan una remuneración equitativa en los contratos

⁴⁰ Art. 110 sexies. 2. Decreto Legislativo 8 de noviembre de 2021, n. 177 Implementación de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. (21G00192) (Serie General GU n.283 del 27-11-2021, disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/11/27/21G00192/sg>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Italia).

⁴¹ Art. 72.7 de la Ley de la República de Lituania sobre derechos de autor y derechos afines n.º. VIII-1185 1, 2, 3, 5, 11, 15, 21, 22, 23, 32, 40, 42, 46, 48, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 63, 65, 68, 70, 729, 7210, 7212, 7213, 7230, 7231, 75, 78, 80, 87, 89, 91, 92, Ley n.º 93, 95, 96, por la que se modifican los arts. 151, 152, 211, 221, 222, 401, 402, 403, 571, 651, los Capítulos VIII y IX XIV-970, disponible en <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/6d3681c0ac0711ecaf79c2120caf5094?jfwid=-2x8vfjjrd> (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Lituania).

⁴² Ante el Tribunal Civil, Sala Primera. Art. 20 de la L.N. 261 de 2021, Ley de Derechos de Autor (CAP. 415), Derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital Reglamento, 2021, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=NIM:202104295>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Malta).

⁴³ Ante el Tribunal de Apelación. Art. 8.5 Decreto-Ley N.º 47/2023, de 19 de junho, Diário da República n.º 117/2023, Transpõe a Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, disponible en <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/47-2023-214524782> (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Portugal).

⁴⁴ Debe tenerse en cuenta que la obligación a la que hace referencia este precepto no es un requisito de procedibilidad. Son dos cuestiones diferentes. Mientras el uso de los MASC como requisito de procedibilidad está relacionado con su carácter obligatorio o no, o incluso con su consideración de trámite «necesario», «presupuesto» o «carga procesal» que debe cumplir el demandante para poder continuar con el proceso civil, lo que establece el art. 21 DDSM es un mecanismo de garantía para impedir que de manera previa se establezca, en sede contractual, una renuncia a acudir a los MASC. Con ello no solo se protege a la parte débil de la relación sino que se garantiza que el desequilibrio de poder no pueda ser utilizado en sede contractual para impedir el uso de este tipo de mecanismos y provocar el efecto contrario de lo que se busca con este artículo de la Directiva, desinsentivar el uso de los MASC. Sobre el carácter necesario de los MASC en el ordenamiento jurídico español. COLMENERO GUERRA, «La Reforma de los MASC en el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», en FERNÁNDEZ PÉREZ (coord.), *Avances para una Justicia sostenible. Ponencias y comunicaciones de la Jornada sobre «Métodos alternativos de Resolución de Controversias y Cultura de la Paz» (16 de diciembre de 2022)*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023, p. 58.

de explotación (arts. 18 a 22 del capítulo 3 del Título IV DDSM). Dichas medidas se caracterizan por su aplicación a los contratos individualmente celebrados entre éstos y sus licenciarios tanto en el ámbito analógico como digital (no son licencias otorgadas por entidades de gestión colectiva)⁴⁵. Se trata de relaciones jurídicas de larga duración en las que existen pocas posibilidades de renegociación y en las que los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes asumen una posición negociadora más débil frente al explotador⁴⁶. Si a esta débil posición negociadora le añadimos el hecho de que los conflictos se plantean en el ámbito de relaciones contractuales individuales, los motivos por los que aquellos son reacios a acudir a la vía judicial adquieren todo su sentido. Los titulares de derechos deben confrontar judicialmente a sus licenciarios sin el apoyo de sus entidades de gestión colectiva, que han quedado al margen de la negociación y celebración de los contratos.

Hubiera resultado razonable que la obligación de asegurar a autores y artistas intérpretes o ejecutantes el acceso a métodos extrajudiciales de resolución de conflictos se extendiera tanto al art. 18 (que regula el derecho a recibir una remuneración adecuada y equitativa) como al art. 22 (que regula el derecho de revocación de los contratos por falta de explotación suficiente de la obra). Sin embargo, la posición de la Comisión Europea fue limitativa ya que sólo consideró que la obligación de transparencia y el mecanismo de adaptación de los contratos quedarían reforzados mediante la introducción de un procedimiento de MASC⁴⁷.

3. Análisis comparado

A continuación, se realizará el estudio de Derecho Comparado teniendo en cuenta los problemas de transposición del art. 21 DDSM identificados, que son los que se enumeran a continuación y sirven como criterios de comparación de las distintas legislaciones nacionales: a) tipos de MASC implementados por las legislaciones nacionales; b) entidad encargada de la resolución alternativa de conflictos; c) exigencia de especialización de los facilitadores para intervenir en la resolución de controversias; d) cuestiones de carácter procedimental y e) cuestiones particulares presentes en algunas legislaciones nacionales. La razón principal por la que se han seleccionado estos criterios, y no otros, obedece al hecho de que son los elementos que nos permiten caracterizar la aplicación de cada MASC en cada ordenamiento jurídico y, aparecen tipificados en las regulaciones de derechos de autor que realizan la transposición del art. 21 DDSM. A partir de estos elementos será posible obtener una visión comparada sobre los mecanismos de solución

⁴⁵ CABEDO SERNA, «La obligación de transparencia en la Directiva sobre Derechos de Autor en el Mercado Único Digital: ¿un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores? », en SAIZ GARCÍA/EVANGELIO LLORCA (dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 453. En algunos Estados miembros, está consolidada la práctica de recurrir a la negociación colectiva entre asociaciones representativas de autores y cesionarios de la que resultan acuerdos colectivos que las partes contratantes deben tener en cuenta en la celebración de sus contratos individuales. Uno de los aspectos que se pueden regular por esta vía son las normas de transparencia, como prevé el art. 19.5 DDSM. La ventaja de los convenios colectivos o acuerdos marco consiste en que ayudan a reducir la conflictividad en lo que a la obligación de transparencia o al mecanismo de revisión del contrato se refiere.

⁴⁶ CABEDO SERNA, en SAIZ GARCÍA/EVANGELIO LLORCA (dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 436.

⁴⁷ Posición expresada en el Comisión Staff Working Document-*Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules*, parte 1/3, p. 180, de 14.09.2016 (SWD (2016) 301 final), documento de trabajo que acompaña la Propuesta de Directiva antes citada.

de controversias que se han implementado en cada transposición nacional⁴⁸. Los criterios seleccionados nos permiten identificar los mecanismos específicos de MASC en cada país y su configuración, conforme a su tipificación en las regulaciones de derechos de autor que realizan la transposición de la Directiva 2019/790.

Debe tenerse en cuenta que existen Estados miembros que transponen los arts. 19 y 20 DDSM, pero no el art. 21 como Bélgica, Estonia, Finlandia, Francia, Polonia y Suecia⁴⁹. La falta de implementación de esta última disposición no impide a las partes de los conflictos relacionados con la obligación de transparencia y el mecanismo de adaptación de los contratos recurrir igualmente a los MASC, si bien deberán recurrir a los procedimientos de MASC regulados por dichos Estados con carácter general para cualquier litigio de naturaleza civil.

⁴⁸ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la transposición del art. 21 es dispar. Por ello, un mismo criterio de comparación puede no aparecer en todas las legislaciones nacionales que, específicamente, transponen el art. 21 DDSM. Por lo tanto, no todos los apartados de este estudio contienen información de todos los países. Esto no significa que los ordenamientos no mencionados no regulan estos aspectos en otras normas, sino que no se hace alusión a dicho criterio en las normas específicas que se comparan.

⁴⁹ En Bélgica, se ha transpuesto la DDSM mediante una modificación del Código de Derecho Económico en junio de 2022. La única referencia al art. 21 se encuentra en el art. 9 de la ley de transposición. Este art. 9 introduce en el Código un nuevo art. XI. 167/5 en el que se establece que los convenios colectivos pueden establecer, entre otras cuestiones, métodos alternativos de solución de litigios. En Estonia, se ha modificado la Ley de derechos de autor en virtud de una ley de 8.12.2021 promulgada por la Decisión nº 40 del Presidente de la República de 20.12.2021 para la transposición de los arts. 19 y 20, pero no del art. 21. Lo mismo ocurre en Francia mediante la modificación de su Ley de derechos de autor en virtud de la Ordenanza nº 2021-580 de 12.05.2021 (JORF nº 0111 de 13.05.2021). Finlandia prevé el arbitraje para supuestos que no son los contemplados en este trabajo: cuando se conceda una licencia para la retransmisión simultánea y en temas de radiodifusión (§54.5), cuando exista una cláusula abusiva en un contrato de cesión de derechos de autor (§29) y para los conflictos que tengan lugar entre usuarios y prestadores de servicio con motivo de la retirada de contenidos (§55.i). Ley 263/2023, Ley por la que se modifica la Ley de Propiedad Intelectual, Suomen Saädoskoelma, Helsinki, 3 de marzo de 2023, disponible en https://www.finlex.fi/fi/laki/kokoelma/2023/sk20230263.pdf?_cf_chl_tk=Cv45w2JopS8Im7RLaxIHEF69_2nINuPV3dbv2ID6XkU-1739208856-1.0.1.1-Rw9acJE4jv_1xO3z5jAeqYg7J3OT08k4UEyjs2xsJKs. En Polonia, tras la transposición de la Directiva, se realizaron modificaciones en los arts. 43 (Remuneración), 44 (Aumento de la remuneración de los creadores por parte del tribunal) y 47 1 (Información periódica sobre los ingresos por la explotación de la obra facilitada al creador). Se reconoce el uso de la mediación para determinados casos como la determinación del importe de la remuneración por el uso del derecho exclusivo de disposición y explotación de una publicación de prensa (art. 99.13) y el acuerdo sobre la puesta a disposición pública de una obra audiovisual en Internet (art. 73.1). No así para los supuestos previstos en el art. 21. Ley de 26 de julio de 2024 por la que se modifican la Ley de derechos de autor y derechos conexos, la Ley de protección de las bases de datos y la Ley de gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos, Dziennik Ustaw, 19 de agosto de 2024, disponible en <https://eli.gov.pl/eli/DU/2024/1254/ogl>.

En Suecia la regulación no es clara. Si bien se aplica la mediación cuando existe un litigio en relación con la celebración de un acuerdo que sea requisito previo para una licencia contractual, en ninguno de los supuestos previstos se encuentran los casos de transparencia y adaptación de los contratos. El derecho de remuneración se ha reconocido en el segundo párrafo de la Sección 29, mientras el derecho a la información está regulado en las Secciones 29a o 29b. Sin embargo, la ley que regula el uso de la mediación cuando surja un litigio en relación con la celebración de un acuerdo que sea un requisito para una licencia contractual, se establece concretamente en los artículos 42b-42h en los Artículos 45, 46, 48, 48b, 49 y 49a de la Ley (1960:729) sobre Derecho de Autor de Obras Literarias y Artísticas, incluyendo los acuerdos de retransmisión con empresas de radio o televisión que realicen emisiones dentro del Espacio Económico Europeo y disposición del público de obras cinematográficas en un servicio de vídeo a la carta en línea. Art. 27 Segundo párrafo de la Ley de Derechos de Autor de Suecia y Ley 2022:1713 por la que se modifica la Ley (2017:322) sobre mediación en determinados litigios sobre derechos de autor de 13 de diciembre de 2022, Svensk författningssamling (SFS), disponible https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2017322-om-medling-i-vissa_sfs-2017-322/

3.1. Tipos de MASC implementados por las legislaciones nacionales para los conflictos previstos en el art. 21 DDSM

La UE no se ha decantado por ningún tipo concreto de MASC (negociación, conciliación, arbitraje y mediación) en el ámbito de los conflictos relativos a los derechos de autor y derechos conexos. El art. 34 de la Directiva 2014/26 se limita a referirse a un «procedimiento rápido, independiente e imparcial de resolución alternativa de litigios» y el art. 21 DDSM a un «procedimiento alternativo de resolución de litigios» de carácter voluntario⁵⁰. A pesar de la existencia de la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵¹ (asuntos civiles entre los que se encuentran los relativos a los derechos de autor y conexos en el contexto del mercado único digital), que crea una legislación marco que aborda, en particular, los aspectos fundamentales del procedimiento civil para dar solución a litigios de carácter transfronterizo⁵², no puede afirmarse que la UE otorgue preferencia a este tipo de MASC en particular en el ámbito de los conflictos de derechos de autor y conexos. No sólo, como se ha señalado, los arts. 34 y 21 no se refieren a ninguno en particular, sino que dejan libertad a los Estados miembros para establecer el tipo de MASC más adecuado para la resolución de las disputas previstas en cada una de las Directivas citadas⁵³.

Centrándonos en la DDSM, el Considerando 79 dispone que los Estados miembros pueden «crear un nuevo organismo o mecanismo, o bien recurrir a uno ya existente que cumpla las condiciones establecidas por la presente Directiva, con independencia de que estos organismos o mecanismos sean de carácter sectorial o público, e incluso parte del sistema judicial nacional». Haciendo uso de estas posibilidades, los Estados miembros han optado bien por mantener mecanismos ya existentes en su ordenamiento jurídico, bien por crear nuevos para cumplir con la transposición del art. 21 DDSM.

Podemos aventurarnos a señalar el motivo por el cual el legislador europeo no decidió imponer un tipo de MASC en particular en los conflictos previstos en el art. 21 y, en concreto, la mediación, dado que es el único MASC regulado a nivel comunitario en la Directiva 2008/52/CE. Probablemente, la razón se encuentra en que muchos de los Estados miembros ya contaban con sus propios mecanismos para dar solución alternativa a los litigios en el ámbito del Derecho de autor distintos de la mediación, como veremos a continuación. Hubiera resultado un coste económico demasiado alto obligarles a modificar sus respectivas legislaciones para limitarlas a un único tipo de MASC.

De acuerdo con lo expuesto, existen Estados miembros que prevén un MASC específico (mediación o conciliación) o permiten escoger a las partes entre la mediación o el arbitraje, mientras que otras regulaciones no prevén el MASC que se aplica⁵⁴. También existen Estados

⁵⁰ En este sentido, el Considerando 79 impone a los mismos la obligación de «establecer un procedimiento alternativo de resolución de litigios».

⁵¹ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. DOUE L36 de 24.5.2008 (en adelante, Directiva 2008/52/CE).

⁵² Si bien, como señala el Considerando 8, los Estados miembros pueden aplicar dicha legislación también a procedimientos de mediación de carácter nacional.

⁵³ En relación con el carácter abierto del art. 21 DDSM, ver el apartado 2.1. del presente trabajo.

⁵⁴ Ningún Estado miembro, en cambio, ha optado por el arbitraje como MASC exclusivo para resolver los conflictos a los que se refiere el art. 21 DDSM. Por otro lado, el único Estado miembro que ha establecido el mecanismo de

miembros que han optado por establecer un mecanismo de solución alternativa de controversias específico para los conflictos de derechos de autor, mientras que otros han recurrido a procedimientos establecidos en leyes nacionales de ámbito general, como son las de mediación o arbitraje.

En correspondencia con lo anteriormente expuesto, se han clasificado los ordenamientos jurídicos de la siguiente manera: ordenamientos que prevén exclusivamente el uso de la mediación como MASC; aquellos que permiten tanto la aplicación de la mediación como del arbitraje, a elección de las partes, y los que no regulan ninguno en particular.

Antes de proceder a la exposición de las diferentes soluciones adoptadas por los Estados miembros, conviene señalar que los cuatro mecanismos clásicos considerados desde el movimiento de *Alternative Dispute Resolution* son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, históricamente concebidos como vías complementarias al poder judicial⁵⁵, aunque la naturaleza jurídica de cada uno es distinta. Como bien afirma ESPLUGUES MOTA, cada uno de estos mecanismos en sí mismo no es más que «conjunto plural de instituciones que presentan características diversas, o combinaciones de ellas»⁵⁶; por ende, es fácil encontrar diversas regulaciones de cada uno de estos en las legislaciones nacionales de los Estados Miembros, lo que responde a cuestiones regulatorias y también de tradición jurídica, de cómo se ha comprendido y adoptado cada una de estas figuras en cada legislación nacional, lo cual no ha sido un procedimiento uniforme.

Aún cuando no existen regulaciones iguales, podemos distinguir, al menos desde un punto de vista teórico, estas cuatro instituciones. La negociación es entendida como «el proceso donde interactúan dos o más partes, con intereses comunes y opuestos, con el objetivo de lograr un acuerdo sobre un conflicto percibido»⁵⁷, siendo su característica principal el hecho de que no intervienen terceras personas en la búsqueda de la solución, sino que son las propias partes las que encuentran esta. Se distingue así de la mediación, la conciliación y el arbitraje donde terceros participan en la solución con diversos grados de intervención.

La mediación, tal como se concibe en la Directiva 2008/52/CE, no es más que el procedimiento estructurado en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí

la conciliación es Hungría. Así, cuando no existe acuerdo en relación con la aplicación de los arts. 48 (modificación del contrato por disparidad en los valores) y 50/A (obligación de transparencia), las partes pueden recurrir a la Junta de Conciliación, que se regula en la §103 con el fin de lograr un acuerdo por medio de un procedimiento de conciliación. Al respecto, ver § 102 en relación con las §48 y §50A de la Ley de Derechos de Autor de Hungría. La Junta también atiende los conflictos entre los usuarios y los titulares de los derechos o las entidades de gestión colectiva de derechos sobre la remuneración y otras condiciones de uso, y los derechos conjuntos de las entidades de gestión, los miembros de las organizaciones de gestión, los titulares de derechos o entre usuarios en relación con la gestión de derechos.

⁵⁵ Otras figuras comienzan a surgir o desarrollarse en relación con estas figuras como es la decisión de expertos, el *mini-trial*, el *summary jury trial*, el *private judging*, entre otros. Al respecto, *Vid.* BARONA VILAR, «Integración de la mediación en el moderno concepto de Acces to Justice. Luces y sombras en Europa», *Indret*, 2014, p. 5 y VALIÑO CES, «Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos», *Cadernos de Dereito Actual*, No 11. Núm. Ordinario, 2019.

⁵⁶ ESPLUGUES MOTA, *Mediación Civil y comercial. Regulación internacional e Iberoamérica*, 2019, p. 28.

⁵⁷ OROZCO PARDO/MONEREO PÉREZ, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, 2015, p.80.

mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador⁵⁸. De forma similar ocurre en la conciliación, que no es más que «la intervención de un tercero neutral al conflicto que intenta que las partes lleguen a un acuerdo para sus diferencias»; en otras palabras, las partes comparecen ante el tercero para la solución del conflicto⁵⁹. Una de las mayores distinciones que suelen hacerse entre la mediación y la conciliación es la posibilidad de que en este último caso, el tercero pueda realizar sugerencias en relación con las propuestas de solución. A su vez, este mecanismo se distingue del arbitraje en el hecho de que en éste «las partes deciden voluntariamente someter su disputa a un tribunal arbitral, cuya resolución (laudo) pone fin a la controversia y despliega efectos equivalentes a una sentencia (con eficacia de cosa juzgada)»⁶⁰. Como tendremos oportunidad de analizar, estas distinciones teóricas no siempre están presentes en todas las regulaciones analizadas, de forma que en algunos casos es más fácil identificar un tipo de MASC que en otros. La tradición de cada ordenamiento jurídico y la regulación previa de los derechos de autor e instituciones existentes influyen directamente en el esquema regulatorio implementado en la transposición del 21 DDSSM.

a) *Mediación como MASC específico para los conflictos previstos en el art. 21 DDSM*

Existen Estados miembros que han optado únicamente por el mecanismo de la mediación. Este es el caso de Austria, donde se establece que, en los litigios entre autores, sus socios contractuales o terceros relativos a reclamaciones en virtud de los arts. 37c (derecho a una remuneración adicional, adecuada y justa) y 37d (obligación de transparencia actual, pertinente y completa) pueden recurrir a la mediación del Comité de Arbitraje, el cual está regulado en el art. 82 de la Ley de sociedades de gestión colectiva de 2016⁶¹. Este Comité funciona para aplicar las normas del arbitraje en materia de entidades de gestión colectiva⁶²; sin embargo, todo parece indicar que, en los casos previstos, actúa en calidad de mediador.

En Dinamarca, existe una regulación escalonada de los posibles mecanismos que pueden ser utilizados. En primer lugar, debe utilizarse la negociación y, solo cuando aquella fracase, acudir a la mediación. Una particularidad del régimen jurídico danés es que, además de la Junta de Licencias de Derechos de Autor en la solución de controversias, se contempla la figura de la mediación para la resolución de algunos litigios sobre derechos de autor. Si bien de forma expresa no está prevista la utilización de este MASC en los casos que son objeto de este trabajo, sí se prevé que una de las partes puede exigir el uso de la mediación cuando las negociaciones sobre

⁵⁸ Art. 3.a) Directiva 2008/52/CE.

⁵⁹ VALIÑO CES, *Cadernos de Dereito Actual*, No 11. Núm. Ordinario, 2019, p. 206.

⁶⁰ GANDÍA SELLENS, *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, 2014, p. 29.

⁶¹ Ley federal por la que se modifica la Ley de derechos de autor, la Ley de sociedades de gestión colectiva 2016 y la Ley KommAustria (Enmienda sobre Derechos de Autor 2021 - Urh-Nov). *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* (BGBl); Number:BGBl. I Nr. 244/2021, disponible en https://www.parlament.gv.at/dokument/XXVII/I/1178/fname_1012569.pdf, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Austria).

⁶² Art. 82 de la Ley federal sobre sociedades de gestión colectiva (Ley de sociedades de gestión colectiva de 2016 - VerwGesG 2016), 1057 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXV. GP, versión del 31 de diciembre de 2021, disponible en https://www.parlament.gv.at/dokument/XXV/I/1057/fname_517397.pdf (en adelante, VerwGesG 2016).

la celebración de acuerdos no conduce a ningún resultado⁶³. Algunos de estos casos coinciden con aquellos en los que interviene la Junta, sin embargo, no es claro si las partes pueden exigir la mediación en otros casos que no son expresamente establecidos como pueden ser los relacionados con el mecanismo de transparencia y ajuste del contrato. Conforme a lo regulado en el art. 52, las solicitudes de mediación se dirigen al Ministerio de Cultura, la reclamación se presenta cuando una de las partes ha interrumpido las negociaciones o rechazado su deseo de negociar o cuando las negociaciones no parecen conducir a ningún resultado. En estos últimos casos se hace referencia a aquellas negociaciones que se realizan en el marco de las funciones de la Junta de Licencias⁶⁴.

En Lituania, la Comisión de Derechos de Autor y Derechos Conexos resuelve sobre los desacuerdos de suministro de información (comisión de transparencia) y del derecho a regalías adicionales. Se puede presentar una solicitud para resolver el litigio ante esta Comisión o hacer uso de los métodos de resolución de litigios previstos por la Ley de Derechos de Autor de Lituania o acudir a los tribunales. La disposición no es escalonada, lo que significa que se debe escoger entre la resolución de conflictos ante la Comisión o los métodos previstos por ley⁶⁵. El procedimiento previsto en el art. 72 de la norma para este tipo de litigios ante la Comisión es el de la mediación.

En Grecia, se adiciona el art. 39A a la Ley núm. 2121/1993, transponiéndose así el art. 21 DDSM. Se establece que los litigios relativos a la obligación de prestación de servicios prevista en el art. 15A (deber de transparencia), así como a la reclamación de remuneración adicional prevista en el art. 32A podrán someterse a mediación solo si las partes están de acuerdo⁶⁶. En caso de que exista conflicto en relación con estas obligaciones, debe aplicarse *mutatis mutandis* el apartado 9 del art. 35 de la Ley No. 2121/1993, sobre el reglamento de radiodifusión y televisión⁶⁷.

⁶³ Producción de copias de obras publicadas para su uso en actividades educativas (art. 13), producción de copias de artículos profesionales en periódicos, revistas y antologías para uso interno (art.14), reproducción en formato digital de artículos de periódicos, revistas, antologías, y otros materiales por parte de bibliotecas públicas y otras bibliotecas financiadas total o parcialmente por el público (art. 16.b); producción de copias de obras transmitidas por radio o televisión para uso de personas con discapacidad visual y auditiva mediante grabación de sonido o imagen, por parte de instituciones estatales o municipales y otras instituciones sociales o sin fines de lucro (art. 17.4), reproducción en catálogos de la colección de las obras que formen parte de una colección, o que sean expuestas u ofrecidas a la venta, igual que en anuncios de exposición o venta (art. 24a); transmisión de obras publicadas por radio o televisión por parte de DR, TV 2/DANMARK A/S y las compañías regionales TV 2 (art. 30). L 125, Ley de Derechos de Autor de Dinamarca).

⁶⁴ Art. 52 1 y 2 de la Ley de Derechos de Autor de Dinamarca.

⁶⁵ Art. 40 (1).4 y 40 (2).4 en relación con lo establecido en el art. 72.2.2) y 3) de la Ley de Derechos de Autor de Lituania.

⁶⁶ Transpone el art. 20 y par. 1 del art. 23 DDSM. Una particularidad en la regulación de esta figura es que solo procede dicha cláusula cuando existe ausencia de un acuerdo resultante de la negociación colectiva que prevea un mecanismo para la concesión de la remuneración adicional prevista. En este caso el autor, personalmente o mediante poder especial, tiene derecho a reclamar una remuneración adicional, adecuada y equitativa a la parte con la que haya celebrado un contrato de explotación o haya concedido una licencia de explotación o un contrato de cesión de sus derechos de propiedad con fines de explotación, o a los sucesores de dicha parte, cuando la remuneración inicialmente acordada en el contrato no haya sido abonada por el autor. Art. 24 de la Ley de Derechos de Autor de Grecia.

⁶⁷ En virtud de este último, cuando no exista ningún acuerdo entre la organización de gestión colectiva y el operador del servicio de radiodifusión o entre el operador del servicio de radiodifusión y el organismo de radiodifusión, en relación con la concesión de una licencia para la retransmisión de un servicio de radiodifusión, las partes podrán solicitar la asistencia de uno o varios mediadores seleccionados de una lista independiente e

Existen otros ordenamientos jurídicos donde la mediación es el MASC elegido para la solución de controversias pero esta no se realiza ante una entidad específica sino se realiza conforme a la regulación general, lo que incluye los conflictos relacionados con los derechos de autor y conexos. Este es el caso de Letonia, donde, a raíz de la transposición, se adicionó el apartado 8 del art. 67 de la Ley de Derechos de Autor, de manera que se someterá a mediación cualquier conflicto relacionado con la compensación justa por la enajenación de derechos (art. 45.1) y la obligación de facilitar información (art. 45.2)⁶⁸. La norma de derechos de autor especifica que el proceso será llevado por uno o mas mediadores que acuerden las partes y, en caso de no existir acuerdo el Ministro de Cultura podrá seleccionarlo tomando en cuenta su listado de mediadores profesionales⁶⁹. En Bulgaria, también se establece la mediación para solucionar este tipo de litigios, pero no es un procedimiento exclusivo para los mismos⁷⁰, y pueden acudir tanto autores como artistas intérpretes o ejecutantes⁷¹. Se declara expresamente que el procedimiento se lleva a cabo de conformidad con la Ley de Mediación⁷².

En Luxemburgo, se introdujeron los arts. 13bis (obligación de transparencia) y 13ter (mecanismo de ajuste del contrato), así como se reformaron los arts. 88 y 89 de la Ley de 18 de abril de 2001 de derechos de autor para establecer que, cuando las partes no consigan llegar a un acuerdo acerca de una cláusula relativa a una cesión o licencia de derechos de autor o derechos conexos, podrán recurrir a uno o varios mediadores⁷³. En este país, la mediación se produce de

imparcial elaborada por la Organización de la Propiedad Intelectual (OIP). Ver el art. 3 de la Ley de Derechos de Autor de Grecia.

⁶⁸ Art. 35 de las Enmiendas a la Ley de Derechos de Autor, Boletín Oficial de la República de Letonia, OP 2023/67.2, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LV/TXT/PDF/?uri=NIM:202302062>.

⁶⁹ Art. 67.2 de la Ley de Derechos de Autor de Letonia.

⁷⁰ También se reconoce el uso de este procedimiento en el caso de una entidad de gestión colectiva establecida en el territorio de la República de Bulgaria que autorice u ofrezca autorizar la utilización multiterritorial en Internet de obras musicales a un prestador de servicios real o potencial o a otra entidad de gestión colectiva de derechos. También se puede utilizar la mediación en los litigios entre la propia entidad de gestión colectiva y sus miembros, los titulares de derechos, las organizaciones representativas de los usuarios y con los usuarios; entre un organismo de radiodifusión o de transmisión y un organismo de retransmisión sobre la aplicación del artículo 21 referido a la emisión, transmisión y retransmisión autorizadas de obras; para resolver litigios entre un prestador de servicios de intercambio de contenidos en línea, un usuario de un servicio de intercambio de contenidos en línea y los titulares de derechos cuando se ofrece acceso electrónico a obras cargadas por usuarios de un servicio de intercambio de contenidos en línea realizado por el proveedor del servicio (art. 22ter). Ley de Derechos de Autor de Bulgaria.

⁷¹ También se reconoce para los artistas intérpretes o ejecutantes en los arts. 39 bis y 83 bis de la Ley federal por la que se modifica la Ley de Derechos de Autor de Austria y en los arts. 38.2 y 76.4 del Ley de Derechos de Autor de Bulgaria.

⁷² Art. 94 J. 2 de la Ley de Derechos de Autor de Bulgaria.

⁷³ Cualquier parte podrá recurrir al proceso de mediación. Las partes designan al mediador de común acuerdo o designan a un tercero para este nombramiento. Art. 88 Ley de Derechos de Autor en relación con el art. 1251-8 del Nuevo Código de Procedimiento Civil. Ley de 1 de abril de 2022 que modifica: la ley modificada de 18 de abril de 2001 sobre derechos de autor, derechos conexos y bases de datos; la ley de 3 de diciembre de 2015 relativa a determinados usos autorizados de obras huérfanas; la ley de 25 de abril de 2018 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su uso en línea en el mercado interior, con vistas a la transposición de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/EST, disponible en <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2022/04/01/a158/jo>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Luxemburgo) y Ley de 24 de febrero de 2012 relativa a la introducción de la mediación en materia civil y mercantil

conformidad con las disposiciones del Nuevo Código de Procedimiento Civil aplicables a la mediación convencional y los principios generales aplicables a la mediación⁷⁴.

En la República Checa, puede someterse a mediación, tanto la resolución de litigios derivados del derecho del autor a reclamar una remuneración adicional y justa por la concesión de una licencia como aquellos derivados del cumplimiento de la obligación del licenciataria o sublicenciataria de facilitar al autor información actualizada periódicamente, pertinente y completa sobre la utilización de la obra, al igual que otros tipos de conflictos⁷⁵. Igualmente en Rumanía se establece que los conflictos relativos a la obligación de transparencia (art. 40.2), así como los relativos al mecanismo de ajuste del contrato (art. 45.1) podrán ser objeto de mediación⁷⁶.

b) *Mediación y arbitraje opcionales*

Otros Estados miembros han optado por permitir a las partes que elijan entre mediación o arbitraje. Así ocurre en España donde, a partir de la transposición, se amplió el ámbito de actuación de la Sección Primera CPI para atender los conflictos a los que hace referencia el art. 21 DDSM⁷⁷. La Comisión puede aplicar mediación o arbitraje en la resolución de controversias relacionadas con la obligación de transparencia y el mecanismo de adaptación de los contratos. De manera similar, en Croacia se brinda la posibilidad de que estas controversias pueden

en el Nuevo Código de Procedimiento Civil; transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil, disponible en <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2012/02/24/n1/jo>, (en adelante, Nuevo Código de Procedimiento Civil de Luxemburgo).

⁷⁴ Se regulan en el Título 2 del Nuevo Código de Procedimiento Civil de Luxemburgo.

⁷⁵ § 53 Ley 429 de 8 de diciembre de 2022, por la que se modifica la Ley n° 121/2000, sobre derechos de autor, sobre derechos afines a los derechos de autor y por la que se modifican determinadas leyes (Ley sobre derechos de autor), en su versión modificada, y otras leyes conexas, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:71996L0009CZE_202300111 (en adelante, Ley de Derechos de Autor de la República Checa). El texto reconoce otros supuestos en los cuáles procede la mediación como son la negociación de licencias de uso de una obra audiovisual, las obligaciones del proveedor de servicios de intercambio de contenidos en línea en relación con la inhabilitación del acceso a la obra o su eliminación cuando ha sido notificado (§ 47(1)(b) y (c), igual obligación para los proveedores de servicios para compartir contenidos en línea y sea considerado como microempresas, pequeñas y medianas empresas § 48(1)(b), en los casos en los que pueda existir una limitación en la disponibilidad de la obra, conforme al cumplimiento de las obligaciones referidas en las secciones anteriores (§ 49), supuestos de gestión colectiva, como pueden ser el pago de una remuneración conforme a la Ley, (§ 95.4); negociación de un convenio colectivo en el mismo caso de la gestión colectiva, (§101), entre otros.

⁷⁶ Art. 45.2 de la Ley n° 69 de 28 de marzo de 2022 por la que se modifica y completa la Ley n° 8/1996 sobre derechos de autor y derechos afines, publicada en el Boletín Oficial n° 321 de 1 de abril de 2022, disponible en <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/253526>, (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Rumanía).

⁷⁷ El art. 194.5.b) TRLPI se refiere a «Mediación o arbitraje en los conflictos relacionados con la obligación de transparencia en favor de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes regulada en el artículo 110, conforme a lo previsto legalmente sobre la transparencia respecto a la remuneración equitativa de los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en los contratos de explotación, y con la acción de revisión prevista para autores, artistas, intérpretes o ejecutantes en los artículos 47 y 110». Conviene señalar que la redacción del art. 194.5.b) no es correcta desde un punto de vista de técnica legislativa porque la obligación de transparencia está regulada en el art. 75 RDL 24/2021 tanto para autores como para artistas intérpretes o ejecutantes, y no en el art. 110 TRLPI (en sede de artistas), por lo que la remisión a esta última disposición no tiene sentido.

resolverse en procedimiento de mediación ante el Consejo de Expertos que regula la ley o en procedimientos arbitrales o judiciales⁷⁸.

También existen ordenamientos en los que en estos procedimientos se rigen por la regulación general establecida en cada ordenamiento, sin que existan disposiciones particulares para los derechos de autor. Este es el caso de Alemania donde, a raíz de la transposición, se introduce la obligación de transparencia y se realizan modificaciones al mecanismo de ajuste del contrato. Tanto en uno como en otro caso se establece que los autores y usuarios de obras pueden iniciar un procedimiento de mediación o cualquier otro procedimiento voluntario de resolución extrajudicial de litigios sin establecer ninguna particularidad por razón de la materia⁷⁹.

De manera similar ocurre en Chipre, donde los litigios relativos a la obligación de transparencia (art. 40) y al mecanismo de ajuste del contrato (art. 41) pueden someterse a procedimientos voluntarios de resolución alternativa de litigios, ya sea mediación, cuando hay acuerdo de las partes, o arbitraje, a petición de cualquiera de estas. Tanto en uno como en otro caso, el procedimiento se realizará conforme a la normatividad general (la Ley sobre mediación en litigios civiles y la Ley de Arbitraje, respectivamente⁸⁰). En Malta, las partes pueden acudir al arbitraje o la mediación para resolver cualquier litigio relativo a la obligación de transparencia (art. 18) o al mecanismo de ajuste del contrato (art. 19), en el Centro de Arbitraje o en el Centro de Mediación de Malta, de conformidad con el procedimiento y las formalidades de la Ley de Arbitraje y la Ley de Mediación de dicho Estado, respectivamente⁸¹. En Irlanda, tanto en el supuesto de la obligación de transparencia como en el del mecanismo de ajuste del contrato, se reconoce de forma expresa que, sin perjuicio de los recursos judiciales, estos litigios podrán someterse a un mediador, de conformidad con lo previsto en la Ley de Mediación de 2017 o la Ley de Arbitraje de 2010⁸².

En Portugal, existe la posibilidad de que se utilice la vía del arbitraje, conforme a lo establecido en la regulación general⁸³, o que el arbitraje y la mediación sean realizados en una institución especializada en materia de derechos de autor y afines, prevista en el art. 8 del Decreto-Ley n.º 47/2023, de 19 de junio que realiza la transposición para las controversias relativas al deber de información (art. 44 ter) y la remuneración adicional (art. 44 c). Mientras la institución especializada no exista, los conflictos se resolverán conforme a lo establecido en la Ley 63/2011, de 14 de diciembre, de arbitraje voluntario y la Ley 29/2013, de 19 de abril, que establece los principios generales aplicables a la mediación, así como los regímenes jurídicos de la mediación civil y mercantil⁸⁴.

⁷⁸ Arts. 68.4 (remuneración) y 69.5 (obligación de transparencia) de la Ley de Derechos de Autor y Conexos, Boletín Oficial 111/2021, de 14.10.2021, disponible en https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2021_10_111_1941.html (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Croacia).

⁷⁹ 32 septies.1 de la Ley de Derechos de Autor de Alemania.

⁸⁰ Art. 45 de la Ley de Derechos de Autor de Chipre.

⁸¹ Art. 20 de la Ley de Derechos de Autor de Malta.

⁸² Arts. 27.9 y 28.5 de la Ley de Derechos de Autor de Irlanda.

⁸³ Ley n.º 63/2011 de 14 de Dezembro, Ley da Arbitragem Voluntária, Diário da República n.º 238/2011, Série I de 2011-12-14, disponible en <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/63-2011-145578>.

⁸⁴ Ley de Derechos de Autor de Portugal.

En Eslovenia, se inserta un nuevo art. 82 bis denominado «Resolución alternativa de litigios», que otorga la posibilidad de resolver, a través de la mediación o de cualquier otra forma de resolución alternativa de litigios, cualquier litigio relacionado con los derechos de autor, en particular, la remuneración (art 81, mecanismo de ajuste del contrato) y la contabilidad de los ingresos y presentación de informes (art. 82, obligación de transparencia)⁸⁵.

Por último, conviene señalar que las normas generales sobre mediación o arbitraje pueden aplicarse bien de forma supletoria⁸⁶, bien de forma directa en el caso de los conflictos relacionados con los derechos de autor y conexos. Se aplican de manera supletoria cuando existen normas específicas, como las de procedimiento, para desarrollar el MASC en los supuestos concretos de conflictos de derechos de autor y conexos, en especial, los abordados en este trabajo. En cambio, las normas generales se aplican de forma directa cuando las normas específicas se remiten expresamente a los procedimientos generales, previstos para el resto de los conflictos en el ordenamiento jurídico, sin que exista una especial regulación de los conflictos relacionados con la obligación de transparencia y el mecanismo de ajuste de los contratos.

c) *Indeterminación del MASC aplicable*

En otros ordenamientos jurídicos, la regulación no especifica si se deberá aplicar un procedimiento de arbitraje o mediación.

En Países Bajos, el Ministro de Seguridad y Justicia está facultado para designar una Comisión de Disputas para resolver los conflictos entre un creador y su contraparte o un tercero en relación con la aplicación de la obligación de transparencia (25quater bis), el mecanismo de ajuste del contrato (art. 25 quinquies.2), así como en otros casos⁸⁷. Asimismo, en Italia, para la resolución de litigios relativos a la obligación de transparencia (art. 110-quater) y al mecanismo de ajuste contractual (art. 110-quinques) no se señala qué método de resolución de controversias se aplicará. En Eslovaquia, se modificó al art. 69 de la Ley nacional para transponer una parte del art. 19 (obligación de transparencia), por lo que se deduce que dicha obligación ya estaba regulada en la ley anterior y, al propio tiempo, se introduce el apartado 8 del propio artículo para

⁸⁵ Ley de modificación de la Ley de derechos de autor y derechos conexos (ZASP-I) de Eslovenia.

⁸⁶ Por ejemplo, § 57. 5 de la Ley de Derechos de Autor de la República Checa.

⁸⁷ Los otros asuntos en los que interviene la Comisión son: rescisión del acuerdo total o parcialmente por el autor si la otra parte no explota suficientemente los derechos de autor de la obra dentro de un período razonable después de la celebración del acuerdo o, después de realizar inicialmente actos de explotación, ya no explota suficientemente los derechos de autor (25. e); anulabilidad de una cláusula que implique derechos de explotación de obras futuras por parte del creador durante un período excesivamente largo o insuficientemente especificado (25.f); compensación justa para el creador conforme el acuerdo de concesión de derechos de explotación (25.c primero), compensación justa adicional sobre los derechos de explotación de una manera aún desconocida en el momento de la celebración del acuerdo (25.6), reclamación legal de una compensación justa adicional por parte del creador cuando, teniendo en cuenta el desempeño mutuo, es desproporcionada en relación con el producto de la explotación de la obra (25.d). Ley de 16 de diciembre de 2020 por la que se modifica la Ley de derechos de autor, la Ley de derechos conexos, la Ley de bases de datos y la Ley de supervisión y resolución de litigios sobre entidades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines en relación con la aplicación de la Directiva (UE) 2019/790 de la Unión Europea. Parlamento y Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Ley de aplicación de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital), *Staatsblad* 2020, 558, disponible en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2020-558.html> (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Países Bajos).

transponer el art. 20 (mecanismo de ajuste del contrato). También se modificó el art. 189, y se añadieron dos nuevos apartados en los cuales se reconocen que «Para resolver los conflictos entre titulares de derechos, usuarios y entidades de gestión colectiva, se utilizarán adecuadamente los procedimientos previstos en una normativa especial»⁸⁸. En lo que respecta al tipo de conflicto, como no hay una previsión específica, se entiende que puede ser cualquier tipo. En cuanto al mecanismo de solución de controversias, tampoco se precisa cuál sería, pero la norma redirecciona a la Ley de 25 de junio de 2004, relativa a la mediación, en virtud de la cual se establecen los principios básicos, la organización y los efectos de la mediación⁸⁹.

3.2. Entidad encargada de la resolución alternativa de conflictos

En los ordenamientos jurídicos donde se aplican los mecanismos de MASC generales, es lógico que sean las instituciones generales quienes se ocupen o donde se lleve a cabo el MASC previsto, sin que existan especiales disposiciones al respecto. Esto acontece en países como Letonia y Luxemburgo⁹⁰, así como en Alemania, Irlanda, Eslovaquia, Chipre, Eslovenia y Malta⁹¹. En otros países, como República Checa, si bien no existe una institución particular encargada de aplicar los MASC, serán los mediadores que han sido previamente autorizados por el Ministerio de Cultura quienes podrán intervenir en este tipo de conflicto. Por último existen otros países en los que, aún cuando no se menciona ninguna entidad en particular, tampoco es posible afirmar que se aplicarán los mecanismos generales. Es el caso de Bulgaria, Grecia y Rumanía, cuyas legislaciones solo se limitan a transponer la Directiva sin brindar más detalles sobre cómo se implementará.

En aquellos ordenamientos donde se establece un mecanismo particular para la resolución alternativa de estas controversias, la composición y funcionamiento de las instituciones que llevan a cabo estos mecanismos varía de manera notable. Algunas de estas instituciones ya existían antes de la transposición de la DDSM, mientras que en otros supuestos fueron establecidos a raíz de esta. La composición y el ámbito de actuación de estas instituciones es diverso respondiendo a las propias particularidades de cada ordenamiento jurídico para resolver conflictos en la materia. Como posteriormente podremos analizar, creemos que existe una relación entre las instituciones en las que se lleva a cabo la aplicación de los mecanismos de MASC y la especialización o no en la resolución de conflictos relacionados con los derechos de autor⁹².

⁸⁸ Ley n.º 71/2022 de la recopilación, por la que se modifica la Ley n.º 185/2015 de la recopilación, la Ley de derechos de autor, en su versión modificada, Zbierka zákonov SR, disponible en <https://www.slov-lex.sk/ezbierky/pravne-predpisy/SK/ZZ/2022/71/20220325.html> (en adelante, Ley de Derechos de Autor de Eslovaquia).

⁸⁹ Ley 420 del 25 de junio de 2004 sobre la mediación y sobre la complementación de algunas leyes, disponible en <https://www.slov-lex.sk/ezbierky/pravne-predpisy/SK/ZZ/2004/420/> (en adelante, Ley de Mediación de Eslovaquia).

⁹⁰ Ver lo expuesto para ambos Estados miembros en el subapartado a) del apartado 3.1.

⁹¹ Ver lo expuesto para los cuatro Estados indicados en el subapartado b) del apartado 3.1. Sin embargo, en el caso de Chipre, existen disposiciones particulares en materia arbitral. Así, el hecho de que la solicitud del arbitraje debe ser solicitada a la Autoridad de Propiedad Intelectual y Derechos Conexos, quien deberá remitir la controversia a un árbitro para su resolución. Art. 45.1. a y b en relación con el art. 45.2 de la Ley de Derechos de Autor de Chipre.

⁹² Ver, al respecto, lo expuesto en el epígrafe 3.3.

En Austria, la mediación se realiza ante el Comité de Arbitraje previsto en el art. 82 de la *VerwGesG 2016*. La norma establece, básicamente, cual es la forma a partir de la cual se designa al Comité, pero no su forma de proceder. En Dinamarca, la Junta de Licencias de Derechos de Autor existía antes de la transposición de la DDSM. Ante ella, se pueden someter los litigios relativos a la obligación de transparencia (art. 55a) y al régimen de adaptación contractual (art. 55 b) por cualquiera de las partes. Esta Junta se conforma por un presidente y dos miembros designados por el Ministro de Cultura, siendo su presidente un juez del Tribunal Supremo (art. 47 de la Ley de Derechos de Autor). Las decisiones de la Junta no pueden ser apeladas ante otra autoridad administrativa. El Ministro de Cultura establece normas detalladas sobre sus actividades, incluida la cobertura de los costes de su funcionamiento, aunque la propia Junta puede establecer las condiciones, incluida la cuantía de la remuneración⁹³. En Croacia, el Consejo de Expertos se ocupa, no sólo de los litigios relativos a la obligación de transparencia y el mecanismo de adaptación de los contratos, sino también de la resolución de otros tipos de controversias⁹⁴. Este Consejo está compuesto por un presidente y cuatro miembros, quienes son nombrados por un período de cuatro años por el Ministro responsable de los derechos de autor y derechos afines, a propuesta del Director General del Instituto⁹⁵. En Hungría, existe la posibilidad de acudir ante la Junta de Conciliación conforme lo establecido en la §103⁹⁶. El objetivo del procedimiento es facilitar la creación de un acuerdo entre las partes sobre la remuneración y otras condiciones de uso. Para la formación de esta Junta de Conciliación se aplicarán las normas sobre la composición del Consejo de Arbitraje⁹⁷. La Junta de Conciliación opera dentro de las funciones de la denominada Junta de Expertos en Derechos de Autor (SZJSZT)⁹⁸. Esta Junta establece sus propias normas de procedimiento y sistema de honorarios, que serán aprobadas por el Ministro de Justicia previo dictamen de la Oficina de Derechos de Autor y del Ministro de Cultura. La violación de las normas de procedimiento faculta a la parte agraviada para impugnar el acuerdo alcanzado sobre la base de la decisión de la Junta de Conciliación dentro de tres meses siguientes a su entrada en vigor⁹⁹.

En Lituania, la Comisión de Derechos de Autor y Derechos Conexos es una institución administrativa que resuelve varios tipos de conflictos, incluyendo los que se analizan en este trabajo¹⁰⁰, aunque su ámbito de competencia es diverso¹⁰¹. Debido a que la Comisión no tiene

⁹³ Arts. 55 C y 47.2.3 de la Ley de Derechos de Autor de Dinamarca.

⁹⁴ Dicho Consejo interviene en los litigios relacionados con: 1) celebración de los contratos de transmisión, incluida la retransmisión por cable; 2) celebración de contratos con el fin de poner a disposición del público obras audiovisuales en el marco de servicios de vídeo a la carta; 3) acceso a obras y prestaciones protegidas sin la aprobación de los titulares de derechos y aplicación de medidas tecnológicas; 4) quejas de los usuarios de servicios de intercambio de contenidos a través de Internet; 5) modificación o ajuste del contrato por una participación más justa en las ganancias; 6) obligación de transparencia; 7) remuneración de los autores de obras periódicas. Ver el art. 239. 1 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos de Croacia.

⁹⁵ Art. 238 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos de Croacia.

⁹⁶ § 102 en relación con las § 48 y § 50^a de la Ley de Derechos de Autor de Hungría.

⁹⁷ Previstas en la Ley de Arbitraje. § 103 de la Ley de Derechos de Autor de Hungría.

⁹⁸ § 103 de la Ley de Derechos de Autor de Hungría.

⁹⁹ § 105 de la Ley de Derechos de Autor de Hungría.

¹⁰⁰ Art. 40 (1).4 y 40 (2).4 en relación con lo establecido en el art. 72.2.2) y 3) de la Ley de de Derechos de Autor de Lituania.

¹⁰¹ Así, realiza la supervisión estatal de las actividades de la administración colectiva; presenta propuestas sobre la cuantía de la remuneración compensatoria por el uso de libros en las bibliotecas; proporciona las conclusiones, propuestas y recomendaciones que sean necesarias respecto de la implementación, aplicación o mejora de las

personalidad jurídica, su reglamento y composición son autorizados por el Gobierno, así como el apoyo organizativo y técnico de sus actividades. En Países Bajos, existe la Comisión de Disputas sobre Derecho de Contratos de Derecho de Autor que forma parte de la Fundación para los Comités de Disputas para la Profesión y los Negocios, con domicilio social en La Haya, la cual entró en funciones a partir del 1 de octubre de 2016¹⁰².

En España, la Comisión de Propiedad Intelectual existía cuando se realizó la transposición de la DDSM. Esta Comisión se encuentra adscrita al Ministerio de Cultura y Deporte como órgano colegiado y nacional, para el ejercicio de las funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control, así como salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual¹⁰³. Se divide en dos secciones: la primera ejerce funciones de mediación, arbitraje, determinación de tarifas y control¹⁰⁴ y la segunda se encarga de la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de la información, ya sea porque, directa o indirectamente, actúen con ánimo de lucro o su actividad cause o sea susceptible de causar un daño patrimonial a los titulares de derechos. Su composición, funcionamiento y actuación se rige por el TRLPI, las normas reglamentarias y, supletoriamente, por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. Existe cierta controversia acerca de si es conveniente que la Sección 1ª CPI se encargue de los conflictos individuales que puedan surgir entre autores y cesionarios debido a que se ocupa de conflictos con dimensión colectiva¹⁰⁵. En todo caso, esta nueva atribución de competencia no es excluyente, de modo que las partes pueden acudir a otras instancias arbitrales o mediadoras para dirimir estos conflictos¹⁰⁶. Ello adquiere especial significado tras la adopción

disposiciones de la Ley y demás actos jurídicos en materia de derechos de autor, derechos conexos o *sui generis*; interviene en las negociaciones entre las organizaciones de administración colectiva y los usuarios; negociaciones sobre el derecho de retransmisión de obras y objetos de derechos conexos y las tasas de compensación por el derecho de retransmisión concedido; media en la solución de controversias relacionadas con las restricciones a la aplicación de medidas técnicas de protección; media en las negociaciones sobre el derecho a prestar servicios de programas de vídeo bajo demanda con el fin de garantizar la disponibilidad de obras audiovisuales a través de redes informáticas (en Internet). Ver el art. 72.3 de la Ley de Derechos de Autor de Lituania.

¹⁰² Decisión por la que se nombra el Comité de Controversias sobre Derecho de Contratos de Derecho de Autor, Boletín Oficial. La Haya, 13 de septiembre de 2016, Ministro de Seguridad y Justicia, disponible en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0038567/2016-11-01>. Conforme lo establecido en el art. 25 octies.4 de la Ley de 16 de diciembre de 2020 de Países Bajos, deben dictarse normas de carácter general para regular todo lo concerniente a su financiación, composición, organización, procedimientos, métodos de trabajo y supervisión.

¹⁰³ Art. 193.1 del TRLPI.

¹⁰⁴ Art. 193.2. a) del TRLPI.

¹⁰⁵ SÁNCHEZ ARISTI/OYARZABAL OYONARTE, « La Directiva de derechos de autor en el mercado único digital: una regulación sobre la remuneración equitativa de autores y artistas en los contratos de explotación », *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 40, 2019-2020, p. 241, nota 53. En opinión de estos autores, la atribución de esta nueva competencia supondría un cambio de enfoque respecto de las funciones de dicho órgano. Por otro lado, proponen, p. 243, que la referencia a los procedimientos alternativos de resolución de litigios se incardine en el art. 54 TRLPI, actualmente sin contenido. En cambio, MINERO ALEJANDRE, «La armonización europea de la obligación de remuneración equitativa y proporcionada de autores y artistas por la cesión de derechos como paso sine qua non para su verdadera tutela efectiva en el territorio europeo», *Cuadernos Jurídicos*, 2020, p. 8, y SÁIZ GARCÍA, «El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE», en SÁIZ GARCÍA/EVANGELIO LLORCA (dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 385, se muestran favorables a la solución adoptada por el legislador español.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ ARISTI/OYARZABAL OYONARTE, *Pe.í. revista de propiedad intelectual*, nº 69, 2021, p. 177. Efectivamente, como ya hemos señalado, el art. 194.5.b) TRLPI dispone que la Sección 1ª CPI «podrá» asumir dichas competencias, de lo que puede deducirse, en primer lugar, que no necesariamente deberá hacerlo y, en segundo

de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, en la que se busca incentivar el uso de medios de solución de controversias alternativos (o «en vía no jurisdiccional») como «medida imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible». Ello abre la posibilidad de que el uso de los MASC como requisito de procedibilidad pueda ser aplicable a los procedimientos jurisdiccionales en los que se dirimen litigios relativos a los derechos de autor y conexos en el ordenamiento jurídico español¹⁰⁷.

En Portugal, el Centro de mediación y arbitraje competente en materia de derechos de autor y derechos afines no existía cuando se transpuso la Directiva. Sin embargo, de su regulación se coligen algunas de las características que deberá tener el Centro como es el hecho de que será autorizado por el Gobierno¹⁰⁸; y ejercerá su jurisdicción en todo el territorio nacional (art. 8.3). El propio Decreto-Ley n.º 47/2023, de 19 de junio, establece las condiciones para el apoyo financiero al Centro (art. 10), así como los requerimientos para su autorización (art. 11)¹⁰⁹. En Italia, la Autoridad de Garantía de las Comunicaciones (AGCOM) fue creada por el art. 1 de la Ley n.º 24.97 (la llamada Ley Maccanico). Dicha autoridad protege los derechos de autor en el sector informático y audiovisual y vela por el respeto de los plazos mínimos que deben transcurrir para la utilización de las obras audiovisuales por parte de los distintos servicios a partir de la fecha de publicación de cada obra; adopta las medidas de resolución extrajudicial de los litigios que puedan surgir entre usuarios o categorías de usuarios, un sujeto autorizado o un destinatario de licencias, o entre sujetos autorizados o destinatarios de licencias entre sí. No se trata de una autoridad especializada en exclusiva en la materia de derechos de autor, sino que también realiza otras funciones relacionadas con la concesión y calidad de los servicios de telecomunicaciones,

lugar, que no impide que las partes puedan acudir a otros organismos de mediación o arbitraje. Por otro lado, SAIZ GARCÍA, «La garantía de una remuneración adecuada para los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre», en LÓPEZ RICHART/SAIZ GARCÍA (coords.), *Digitalización, acceso a contenidos y propiedad intelectual*, Dykinson, 2023, p. 217, señala que, para cumplir con la intención del art. 21 DDSM, no basta con ampliar las competencias de la Sección 1ª CPI. En su opinión, facilitar a los autores y artistas intérpretes o ejecutantes la defensa de sus derechos sin tener que acudir para ello a los tribunales exige, entre otras cosas, una revisión de los costes asociados a los procedimientos de mediación y arbitraje, no sólo los regulados en las leyes de mediación y arbitraje generales, sino también los de la propia CPI pues, pese a ser inferiores a los judiciales, siguen siendo altamente disuasorios.

¹⁰⁷ La Ley Orgánica 1/2025 trata de «potenciar la negociación entre las partes, directamente o ante un tercero neutral, partiendo de la base de que estos medios reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y pueden ser igualmente adecuados para la solución de la inmensa mayoría de las controversias en materia civil y mercantil» (párrafo IV del Preámbulo). Con este fin, el art. 5 establece que, en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, se considera requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el art. 2 para que sea admisible la demanda. Esta actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional se exigirá en todos los procesos declarativos del Libro II y en los procesos especiales de la Libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, salvo las excepciones señaladas en el art. 5.2. Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, BOE n.º 3, de 3 de enero de 2025, disponible en <https://www.boe.es/buscar/pdf/2025/BOE-A-2025-76-consolidado.pdf>.

¹⁰⁸ Art. 8.2 de la Ley de Derechos de Autor de Portugal.

¹⁰⁹ En este último supuesto, se seguirá lo establecido en el Decreto-Ley n.º 425/86, de 27 de diciembre. En dicha norma, se regula la solicitud de autorización al Ministro de Justicia para crear un centro de arbitraje voluntario de forma institucionalizada. A estos efectos, el propio art. 11 establece que, para obtener la autorización, deberá presentarse a) proyecto de reglamento de los servicios de mediación y arbitraje del centro a autorizar; b) proyecto de reglamento para la selección de mediadores y árbitros; y c) proyecto de reglamento de costas y gastos procesales y sus respectivos baremos, que forma parte integrante del mismo.

cuestiones de competencia, servicios de radiodifusión, entre operadores de redes fijas y móviles, entre otros temas¹¹⁰.

3.3. Exigencia de especialización para formar parte del órgano encargado de la resolución de controversias

Uno de los temas más debatidos en materia de solución alternativa de controversias de derechos de autor es si es necesario que el facilitador o la persona que intervenga en el procedimiento sea especialista en la materia, además de contar con las habilidades necesarias para poder aplicar el mecanismo de solución de controversias previsto. La capacitación de los mediadores se ha asociado tradicionalmente con la calidad del proceso de mediación¹¹¹. Sin embargo, la capacitación no es sinónimo de especialización, entendiéndose esta última como la posesión de mayores conocimientos y experiencia en el tema que se trata de resolver. La exigencia de poseer esta formación específica en la materia está muy relacionada con la existencia de un organismo o institución específicos encargados de llevar a cabo la solución de controversias. Las complejidades de los conflictos de derechos de autor determinan la necesidad de que intervengan personas expertas en la materia ya que se deben tener en cuenta cuestiones técnicas y personales como el valor económico real o potencial de los derechos objeto de licencia o cedidos, la contribución del autor o el artista intérprete o ejecutante al conjunto de la obra o prestación, las circunstancias del caso, las prácticas de mercado o la explotación real de la obra o la posición contractual más débil, entre otros aspectos.

Desde la perspectiva de los requerimientos de especialización para intervenir en la resolución de controversias, encontramos los dos modelos siguientes en nuestro estudio.

a) Estados miembros que requieren especialización en derechos de autor

En la República Checa, los interesados en la mediación pueden recurrir a uno o varios mediadores de la lista de mediadores del Ministerio de Cultura¹¹². La condición de mediador requiere una autorización previa de parte de este Ministerio que solo la obtienen aquellas personas físicas que son competentes, poseen integridad y competencia profesional¹¹³. La competencia profesional es la que tiene una persona que ha obtenido un título de educación superior en un programa de maestría y ha superado con éxito el examen intermedio, mediante el que se comprueban los conocimientos sobre legislación de derechos de autor y aptitudes básicas en materia de

¹¹⁰ Art. 110-sexies de la Ley de Derechos de Autor de Italia. Sobre la Autoridad de Garantía de las Comunicaciones, se puede consultar https://temi.camera.it/leg19DIL/temi/19_l-autorit-per-le-garanzie-nelle-comunicazioni-agcom.

¹¹¹ ESPLUGUES MOTA, *Mediación Civil y comercial. Regulación internacional e Iberoamérica*, 2019, p. 197.

¹¹² Dicha lista es parte del sistema de información de la administración pública que se publica en el sitio web del Ministerio.

¹¹³ §54 a (1) en relación con la §96 B de la Ley de Derechos de Autor de la República Checa. Quien haya sido condenado por un delito doloso no podrá considerarse como persona con buena reputación, a menos que se le trate como si no hubiera sido condenada. También le es exigible una prueba sobre su honorabilidad, que será realizada conforme a lo establecido en el art. 96.b) de la ley. El mismo hace referencia a la prueba de integridad de las personas jurídicas y físicas que sean ciudadanos de la República Checa y soliciten autorización para formar una entidad de gestión colectiva. Este artículo establece la obligación de solicitar extractos de los Registros penales con una antigüedad no mayor a los 3 meses. Ver la §54 a (1) en relación con la §96 B de la Ley de Derechos de Autor de la República Checa.

resolución extrajudicial de litigios¹¹⁴. También se reconoce la figura del mediador visitante, para que un nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo pueda ser inscrito en la lista de intermediarios de forma temporal y a petición suya¹¹⁵. La norma describe cuál es el procedimiento de inscripción en la lista de intermediarios, modificación de los datos introducidos y supresión de la lista de intermediarios¹¹⁶.

En Grecia, cuando se aplica en la solución de controversias el procedimiento previsto en el apartado 9 del art. 35, las partes pueden solicitar la asistencia de uno o varios mediadores seleccionados de una lista independiente e imparcial elaborada por la Organización de la Propiedad Intelectual (OIP). Esta lista se elabora cada dos años y la OIP puede consultar a las entidades de gestión colectiva y a los operadores de cable¹¹⁷. En el caso de Dinamarca, en la segunda modalidad de mediación, interviene en el procedimiento quien es designado por el Ministro de Cultura, que establece las normas específicas para cubrir los costes de las actividades del mediador¹¹⁸. En Hungría, los miembros de la Junta de Conciliación son nombrados entre los miembros de la Junta de Expertos en Derechos de Autor (SZJSZT)¹¹⁹.

En Croacia, los expertos son personas con logros y conocimientos en la aplicación de los derechos de autor y derechos afines. En algunos casos, el Consejo de Expertos puede invitar a otras personas expertas en determinados temas para participar en sus sesiones, aunque no tienen derecho a tomar decisiones¹²⁰. En Lituania, la Comisión de Derechos de Autor y Derechos conexos está formada por siete miembros quienes ejercen sus funciones durante dos años. Los miembros de la Comisión son personas físicas con formación jurídica universitaria o de otro tipo (social o humanidades) y con, al menos, tres años de experiencia profesional, experta o científica en el campo de los derechos de autor y derechos conexos o, al menos, tres años de mediación en litigios civiles¹²¹.

En España, la Sección Primera CPI está compuesta por cinco vocales titulares con sus respectivos suplentes. Todos son elegidos entre «expertos de reconocida competencia en materia de propiedad intelectual y en materia de defensa de la competencia». Conforme lo establecido en el

¹¹⁴ El examen se realiza ante una comisión designada por el Ministerio de Cultura y tiene una duración máxima de dos horas.

¹¹⁵ Al mediador visitante se le aplican las mismas exigencias que a los mediadores nacionales y tendrá que estar autorizado en su país de origen para ejercer una actividad comparable a la de intermediación de conformidad con la legislación local. El ejercicio de esta actividad será realizado conforme a las normas de la República Checa. Ver la §55 de la Ley de Derechos de Autor de la República Checa.

¹¹⁶ §56 de la Ley de Derechos de Autor de la República Checa.

¹¹⁷ Art. 3 de la Ley de Derechos de Autor de Grecia (este artículo añade el apartado 9 de la Ley No. 2121/1993, sobre el reglamento de radiodifusión y televisión de Grecia).

¹¹⁸ Art. 52.6.y .7 de la Ley de Derechos de Autor de Dinamarca.

¹¹⁹ Esta Junta depende de la Oficina de Derechos de Autor, interviene en cualquier cuestión técnica que surja en un caso de disputa sobre derechos de autor y sus miembros son nombrados por un período de cinco años por el Ministro de Justicia, de acuerdo con el ministro de Cultura. Ver la §101 de la Ley de Derechos de Autor de Hungría.

¹²⁰ La composición y funciones del Consejo se regula en el art. 238 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos de Croacia.

¹²¹ Art. 72.5 de la Ley de Derechos de Autor de Lituania. Los miembros deben firmar una declaración de imparcialidad para participar en el proceso de resolución de disputas o mediación, aseverando su independencia respecto de las partes en disputa (art. 72.4). El trabajo de los comisionados se remunera de conformidad con el procedimiento establecido por la Ley sobre remuneración de los empleados de las instituciones estatales y municipales de la República de Lituania y remuneración de los miembros de la comisión por su trabajo (art. 72.6).

art. 193.3 TRLPI, los vocales son nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta de los titulares de los Ministerios de Cultura y Deporte, que designarán dos vocales; del de Economía y Empresa, que designará dos vocales, uno del ámbito Avance Digital y otro de Economía y Apoyo a la Empresa; y del de Justicia, que designará un vocal, por un período de cinco años renovable por una sola vez. Entre los vocales del Ministerio de Cultura y Deporte se deberá designar al presidente de la Sección¹²².

También existen Estados miembros en los cuales, si bien no cuentan con un organismo especializado en el que se realice el procedimiento, se deben acreditar conocimientos especializados en materia de derechos de autor y conexos, como ocurre en Bulgaria y Letonia. En Bulgaria, para ejercer como mediador, la persona debe reunir las condiciones previstas en la Ley de Mediación, estar inscrita en el Registro Unificado de Mediadores del Ministerio de Justicia, poseer conocimientos especiales en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines y formar parte de la Lista Especial de Mediadores del Ministerio de Cultura¹²³. Antes de su registro, el Ministerio de Cultura deberá solicitar la opinión de las organizaciones de gestión colectiva de derechos registradas y de las organizaciones registradas de radiodifusores y transmisores, proveedores de servicios de intercambio en línea, proveedores de otros servicios de medios de comunicación, usuarios, autores e intérpretes, y emitirá un dictamen en un plazo de 14 días a partir de la recepción de la solicitud. La ausencia de dictamen no suspenderá el procedimiento de inclusión en la lista¹²⁴. El proceso por el que atraviesan los mediadores habilitados para formar parte de este registro lo convierte en un mecanismo particular, dado que el procedimiento de nombramiento y ejercicio es distinto al utilizado para la solución de conflictos de manera general.

Letonia también es un caso particular porque, si bien no existe una institución específica que lleve a cabo la mediación, si se prevén en la Ley de Derechos de Autor los requerimientos que se deben cumplir para ser mediador profesional, cómo se conforma la lista de mediadores profesionales y la eliminación de dicha condición de la lista, sobresaliendo, entre otros requisitos, el de poseer una reputación impecable¹²⁵. Los facilitadores, además de poseer un título de máster u otra formación equivalente, deben tener, para poder ser ingresados en la lista de mediadores oficiales, experiencia laboral de, al menos tres años, en el ámbito de los derechos de autor¹²⁶.

b) *Estados miembros que no requieren especialización en derechos de autor*

Estos Estados miembros son, precisamente, aquellos que no cuentan con un organismo especializado en la resolución de litigios de derechos de autor¹²⁷. En estos casos existe una remisión a la normativa general para llevar a cabo el procedimiento, e incluso a los criterios de elección de los facilitadores, entre los cuales se encuentra la especialización. En la legislación general no se hace alusión alguna a la especialización de los mediadores en temas de derechos

¹²² Art.193.3 TRLPI.

¹²³ Art. 94 J de la Ley de Derechos de Autor de Bulgaria.

¹²⁴ Art. 94. J.1 de la Ley de Derechos de Autor de Bulgaria.

¹²⁵ Art. 67.3, 4, 5 y 6 de la Ley de Derechos de Autor de Letonia.

¹²⁶ Art. 67.3 de la Ley de Derechos de Autor de Letonia.

¹²⁷ Nos remitimos a lo explicado en el apartado 3.2.

de autor. Así, en Luxemburgo, la designación se realiza conforme a las normas previstas por el Nuevo Código de Procedimiento Civil en materia de mediación convencional y conforme a los principios generales aplicables a la mediación»¹²⁸. Algo similar acontece en Malta y Eslovenia.

En Portugal, mientras no se constituya el Centro especializado, la selección de los mediadores y árbitros se realizará conforme a lo establecido en la Ley 63/2011, de 14 de diciembre de arbitraje voluntario y la Ley 29/2013, de 19 de abril de mediación¹²⁹. Cuando exista el Centro, para verificar la idoneidad de la entidad solicitante de la autorización, es necesario la admisión exclusiva de un cuerpo de mediadores y árbitros con formación especializada en derechos de autor y derechos afines y, en el caso de los mediadores, además, la superación de un curso de formación en mediación de conflictos impartido por una entidad de formación homologada por la Dirección General de Política Judicial (DGPJ) o un curso reconocido por el Ministerio de Justicia en los términos establecidos. En Italia, a pesar de contar con la Autoridad de Garantía de las Comunicaciones, no se exige expresamente en la norma que sus miembros sean expertos en derechos de autor.

En este apartado incluimos aquellos países en los cuales, si bien se ha producido la transposición de la DDSM, las normas no se refieren expresamente a la exigencia de un nivel de especialización para poder aplicar el mecanismo previsto. Es este el caso de países como Alemania, Austria¹³⁰, Chipre, Eslovaquia, Irlanda, Países Bajos y Rumanía.

3.4. Cuestiones de carácter procedimental

a) *Legitimación activa*

La legitimación para promover el MASC corresponde tanto a los autores y artistas intérpretes o ejecutantes de manera individual, como a los organismos que los representan, actuando en su nombre¹³¹. Estando así regulada esta cuestión, se pueden señalar varios problemas derivados de la transposición del art. 21 DDSM en materia de legitimación activa.

¹²⁸ Art. 88 de la Ley de Derechos de Autor de Luxemburgo, en relación con el art. 1251-8 del Nuevo Código de Procedimiento Civil.

¹²⁹ Esta última establece los principios generales aplicables a la mediación realizada en Portugal, así como los regímenes jurídicos de la mediación civil y mercantil, el régimen jurídico de los mediadores y de la mediación pública. Se debe acudir a la propia lista de mediadores inscritos conforme lo establecido en la Ley. Cuarta disposición transitoria de la Ley de Derechos de Autor de Portugal.

¹³⁰ En Austria, si bien existe el Comité de Arbitraje conformado por tres miembros, la norma no precisa si estos poseen o no formación especializada en la materia, si bien si se establece cómo se eligen. Un miembro es designado por cada parte y, a su vez, los dos miembros eligen al presidente quien debe ser una persona imparcial, sin ninguna relación con las partes ni con el litigio. Art. 65 de la *VerwGesG 2016*.

¹³¹ En este sentido, el Considerando 79 dispone que «Los Estados miembros deben establecer un procedimiento alternativo de resolución de litigios con respecto a las reclamaciones presentadas por autores y por artistas intérpretes o ejecutantes, o por sus representantes en su nombre, relativas a las obligaciones de transparencia y al mecanismo de adaptación del contrato». Y, de acuerdo con el art. 21 DDSM, «Los Estados miembros garantizarán que los organismos que representan a los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes puedan iniciar tales procedimientos a petición expresa de uno o varios autores o artistas intérpretes o ejecutantes». De acuerdo con SAIZ GARCÍA, en LÓPEZ RICHART/SAIZ GARCÍA (coords.), *Digitalización, acceso a contenidos y propiedad intelectual*, 2023, p. 210, esta sindicación de intereses (en referencia a la legitimación activa de los organismos) robustece la posición individual de los autores a la vez que los anonimiza, favoreciendo así el ejercicio de sus derechos. Coincidimos con la autora en su primera apreciación, pero no en la segunda ya que, en nuestra opinión,

Existen Estados miembros que no hacen especial referencia a este particular como son Bulgaria, Eslovaquia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo y República Checa, mientras que, en otros casos, si bien se regula la legitimación, ésta no se reconoce expresamente a los «organismos que representan a los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes»¹³². Sin embargo, en este punto, el art. 21 DDSM es imperativo, lo que implica que dichos Estados lo han incumplido de manera directa.

Por el contrario, otros Estados miembros sí reconocen esta legitimación, pero lo hacen manera limitada a las entidades de gestión colectiva, siempre y cuando intervengan a petición de los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes. En este caso, son dichos organismos los que actúan en el procedimiento. Así lo regulan Chipre¹³³, Croacia¹³⁴, Dinamarca¹³⁵, Eslovenia¹³⁶, Grecia¹³⁷, Italia¹³⁸, Malta¹³⁹, Portugal¹⁴⁰ y Rumanía¹⁴¹. En el caso de Países Bajos, se especifica, además, que esta posibilidad está condicionada al hecho de que la solicitud promueva los intereses de los creadores con arreglo a sus estatutos¹⁴².

Ahora bien, la limitación de la legitimación activa a las entidades de gestión colectiva no parece derivarse del propio art. 21 DDSM. El hecho de que se refiera a «los organismos que representan» no implica que se refiera únicamente a las entidades de gestión colectiva. Es posible entender que tales organismos pueden ser asociaciones representativas de autores y artistas intérpretes o ejecutantes que no cumplen funciones de gestión colectiva¹⁴³. También es posible, en nuestra opinión, que el art. 21 incluya a los organismos de gestión independiente, en tanto que actúan en representación de los titulares de derechos¹⁴⁴.

no se produce la anonimización de los titulares de derechos puesto que, como se señala en el Considerando 79, los representantes actúan en nombre de los mismos y no de la propia entidad.

¹³² En el caso de España, el art. 194.5.b) TRLPI no hace referencia a esta posibilidad.

¹³³ Art. 42.1.2 de la Ley de Derechos de Autor de Chipre.

¹³⁴ Arts. 68.4 y 69.5 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos de Croacia.

¹³⁵ Art. 55 c) de la Ley de Derechos de Autor de Dinamarca.

¹³⁶ Art. 82.bis. 2 de la Ley de modificación de la Ley de derechos de autor y derechos conexos (ZASP-I) de Eslovenia.

¹³⁷ Art. 39.A.1 de la Ley de Derechos de Autor de Grecia.

¹³⁸ Art. 110 sexies. 2 de la Ley de Derechos de Autor de Italia.

¹³⁹ Los representantes autorizados pueden someter los litigios a la resolución alternativa de conflictos en el Centro de Arbitraje o el Centro de Mediación de Malta. Art. 20 de la Ley de Derechos de Autor (CAP. 415) de Malta.

¹⁴⁰ Art. 4 que modifica el art. 44.d de la Ley de Derechos de Autor de Portugal.

¹⁴¹ Art. 45.2 de la Ley de Derechos de Autor de Rumanía.

¹⁴² Art. 25. Octies.3 de la Ley de Derechos de Autor de Países Bajos.

¹⁴³ En este sentido, Austria reconoce legitimación activa a estas asociaciones representativas. Se considera que una asociación es representativa si su ámbito de actividad abarca todo el territorio federal y el número de miembros de la asociación comprende la gran mayoría de los miembros del grupo profesional. Los acuerdos sobre normas de remuneración solo pueden celebrarse una vez que la representatividad de una asociación haya sido legalmente establecida por la autoridad supervisora de las entidades de gestión colectiva (art. de la *VerwGesG 2016* de Austria). Art. 37b, párr. 4 de la Ley de Derechos de Autor de Austria.

¹⁴⁴ De acuerdo con el art. 3. b) de la Directiva 2014/26, un operador de gestión independiente es una organización autorizada, por ley o mediante cesión, licencia o cualquier otro acuerdo contractual, para gestionar los derechos de autor o los derechos afines a los derechos de autor en nombre de varios titulares de derechos, en beneficio colectivo de esos titulares de derechos, como único o principal objeto y que i) no sea propiedad ni esté sometida

Por último, podría resultar polémico el hecho de que se amplíe la legitimación a sujetos que no son autores ni artistas intérpretes o ejecutantes, como ocurre en Alemania y Chipre, donde se reconoce legitimación activa a los socios contractuales o terceros e, incluso, los usuarios de las obras¹⁴⁵. Esta amplitud en materia de legitimación puede llegar a provocar un efecto distinto al pretendido por el art. 21, que es la utilización de MASC por parte de los más débiles de la relación contractual, léase autores y artistas intérpretes o ejecutantes.

b) *Posibilidad de hacer propuestas por parte del facilitador/a*

Otro de los aspectos debatidos en materia de solución alternativa de controversias de derechos de autor es la posibilidad de que la persona mediadora o el tercero que intervenga en el proceso pueda realizar propuestas¹⁴⁶. La presentación de propuestas puede ser entendida como una forma de colaboración en las negociaciones para poder llegar a un acuerdo. Son varios los ordenamientos que reconocen de forma expresa esta labor del mediador: Croacia¹⁴⁷, Dinamarca¹⁴⁸, España¹⁴⁹, Hungría¹⁵⁰, Letonia¹⁵¹, Luxemburgo¹⁵², Países Bajos¹⁵³ y República Checa¹⁵⁴. En estos ordenamientos jurídicos, la aceptación de la misma por las partes puede ser expresa o tácita. Esta última, se entiende cuando ninguna de las partes se opone a la propuesta

al control, directa o indirectamente, en su totalidad o en parte, de los titulares de derechos y carezca de ánimo de lucro.

¹⁴⁵ Art. 32 septies.1 de la Ley de Derechos de Autor de Alemania y art. 45 de la Ley de Derechos de Autor de Chipre.

¹⁴⁶ No debe ser confundido con el tiempo de duración del procedimiento de MASC. Algunos ordenamientos jurídicos también han establecido disposiciones en este último caso, en el cual el plazo se determina desde la primera reunión del proceso de resolución de disputas. Por ejemplo, en Lituania, el proceso no puede durar más de treinta días hábiles, mientras que en Italia, es de noventa días. *Vid.* Art. 72. 4.d) Ley de de Derechos de Autor de Lituania y art. 110 Sexies de Derechos de Autor de Italia.

¹⁴⁰ Corresponde hacer la propuesta al Consejo de Expertos. Art. 239 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos de Croacia.

¹⁴¹ En Dinamarca, la intervención del conciliador implica no solo la posibilidad de hacer propuestas, sino también sugerir que las partes resuelvan la disputa mediante arbitraje, ayudar en el nombramiento de árbitros e incluso decidir que los acuerdos permanezcan en vigor, aun cuando el plazo del acuerdo hubiere expirado o expire durante las negociaciones. Art. 52.4 de la Ley de Derechos de Autor de Dinamarca.

¹⁴² Art. 194.1.b) TRLPI. La Sección Primera CPI, en su función de mediación, puede presentar propuestas a las partes.

¹⁵⁰ En Hungría, la propuesta de contenido del acuerdo corresponde a la Junta de Conciliación si no se llega a un acuerdo entre las partes. §104.2 de la Ley de Derechos de Autor de Hungría

¹⁵¹ En Letonia, el mediador deberá esforzarse para promover el acuerdo entre las partes, «incluso proporcionando sus propuestas para una solución justa de la disputa». Art. 67.7.2 Ley de Derechos de Autor de Letonia.

¹⁵² En Luxemburgo, si bien la mediación se produce de conformidad con las disposiciones del Nuevo Código de Procedimiento Civil aplicables a la mediación convencional y los principios generales aplicables a la mediación, la legislación autoral contempla la posibilidad de que se puedan realizar propuestas y ayudar en las negociaciones. Art. 89 de la Ley de Derechos de Autor de Luxemburgo.

¹⁵³ La propuesta se presenta por la Comisión de Conflictos. Art. 25 Octies. 2 de la Ley de 16 de diciembre de 2020 de Países Bajos.

¹⁵⁴ §53 Ley n° 429/2022. Se adjunta la propuesta de solución por parte de las partes desde el mismo momento en que se realiza la solicitud por escrito, exponiendo el estado de las negociaciones y las opiniones de las demás partes. *Vid.* §57 de la Ley de Derechos de Autor de la República Checa.

presentada dentro de un período que, generalmente, es de tres meses a partir de su presentación¹⁵⁵.

La posibilidad de presentar propuestas se encuentra presente, en particular, en aquellos Estados miembros que han optado por exigir especialización a los facilitadores, tal y como se ha expuesto en el epígrafe anterior¹⁵⁶. Así, Croacia, Dinamarca, España, Hungría y República Checa requieren condiciones de especialización, además de exigir que el mecanismo alternativo de solución de controversias se desarrolle ante instituciones específicas. Letonia, si bien desarrolla el mecanismo ante instituciones generales, también exige especialización a las personas que intervienen en la mediación.

Cuando la solución de controversias es realizada por una institución especializada en materia de derechos de autor, el procedimiento suele ser una especie de híbrido entre mediación y arbitraje, más cerca de la conciliación. Ello se debe en gran medida a la posibilidad de poder realizar propuestas por parte del mediador, lo que no coincide con la mediación «tradicional» tal como se conoce desde un punto de vista teórico¹⁵⁷. Teniendo en cuenta que la mediación, de acuerdo con el art. 3 de la Directiva 2008/52/CE, consiste en «un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador», no parece propio de este tipo de MASC que el mediador haga una propuesta de resolución del litigio¹⁵⁸. Ello puede obedecer a distintas razones, entre ellas a la aplicación de las normas de solución de controversias que tradicionalmente se han aplicado en materia de entidades de gestión colectiva y determinación de tarifas, sin que ello signifique que estos conflictos ocurran en el marco de actuación de dichas entidades, a los sujetos que intervienen en el procedimiento o a la propia naturaleza de los conflictos que se tratan de resolver.

3.5. Cuestiones particulares reguladas en algunos Estados miembros

Dado el carácter abierto del art. 21 DDSM, no es de extrañar que algunos ordenamientos jurídicos nacionales hayan regulado ciertas cuestiones de forma particular. Aun cuando no pueda

¹⁵⁵ §57 de la Ley de Derechos de Autor de la República Checa; art. 239 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos de Croacia; art. 194.1.b) TRLPI de España, §104.2.3. de la Ley sobre Derechos de Autor de Hungría; art. 89 de la Ley de 1 de abril de 2022 de Luxemburgo; art. 25 octies. 2 de la Ley de 16 de diciembre de 2020 de Países Bajos. En el caso de Dinamarca, es el conciliador quien fija el plazo y no la ley (art. 52.3 en relación con el art. 52.4 de la Ley de Derechos de Autor de Dinamarca). Lo mismo ocurre en Letonia, puesto que es el mediador quien debe fijar el plazo a partir del cual las partes aprobarán o rechazarán la propuesta por escrito. No se establece un plazo máximo, pero sí el mínimo, que nunca podrá ser inferior a un mes. Art. 67.8.2 de la Ley de Derechos de Autor de Letonia.

¹⁵⁶ Salvo en Países Bajos y Luxemburgo, que no exigen especialización.

¹⁵⁷ Para autores como GARCÍA VILLALUENGA y VÁZQUEZ DE CASTRO, el mediador en ningún momento puede llegar a realizar propuestas dado que ello significaría ir en contra de la propia naturaleza del procedimiento. GARCÍA VILLALUENGA/VÁZQUEZ DE CASTRO, «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, Vol. 50, 2013, pp. 71-98.

¹⁵⁸ ORDELLÍN FONT, «El uso de la mediación en la solución de conflictos de derechos de autor en el entorno digital: un análisis desde el marco comunitario», *III UB International Phd in Law Conference: El carácter multinivel del derecho global*, Editorial Aula Magna, 2021, España, pp.27-42; IP KEY LATIN AMÉRICA, *Presence and use of mediation in Intellectual Property cases in Latin America*, 2024, IP Key.

considerarse que las mismas constituyen tendencias regulatorias en la materia, sí ofrecen alternativas a tener en cuenta.

En Croacia, existe la obligación de que las partes inicien, conduzcan y concluyan las negociaciones de buena fe¹⁵⁹. Lo más destacable es que se establece responsabilidad por el abuso en las negociaciones, incluyendo el abuso de derechos, conforme a lo establecido en las relaciones obligatorias. Con ello se está reconociendo la existencia de una posición desigual en las relaciones contractuales que son objeto de la mediación. Una disposición de naturaleza similar se encuentra en Hungría, donde se establece que, durante el procedimiento ante el órgano de conciliación, las partes deben ser tratadas por igual y cada parte debe tener la oportunidad de exponer su posición¹⁶⁰.

En la regulación chipriota, la Autoridad de Propiedad Intelectual y Derechos Conexos tiene la obligación de fomentar la mediación para la resolución de litigios entre un autor, un artista intérprete o ejecutante, un titular de derechos, un usuario, un miembro de una organización de gestión colectiva o cualquier otra persona cuyos derechos se vean afectados, en virtud de las disposiciones de la Ley sobre determinados asuntos de mediación en litigios civiles¹⁶¹. Sin embargo, la regulación no dice cómo se fomentará dicho uso.

En Portugal, se reconoce el beneficio de acceso a la justicia gratuita. En este sentido, los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes que recurran a un centro institucionalizado de mediación y arbitraje especializado en derechos de autor y derechos afines se benefician de los mecanismos de protección jurídica establecidos en la Ley n.º 34/2004, de 29 de julio relativa a la mejora del acceso a la justicia en los litigios transfronterizos¹⁶².

También existen disposiciones relacionadas con los deberes de confidencialidad de los facilitadores o terceros que intervienen en el proceso. Por ejemplo, en Dinamarca, el conciliador no puede divulgar, sin autorización, lo que haya conocido como conciliador¹⁶³. En Letonia, existen disposiciones similares en materia de confidencialidad y, además, existe una prohibición expresa de interrogar al mediador y a los participantes en el proceso de mediación como testigos sobre aquellos hechos que hayan llegado a su conocimiento durante el proceso de mediación¹⁶⁴. La regulación letona también posee una interesante regulación al prever normas particulares sobre el acuerdo de mediación que se suscribe entre el mediador y las partes al inicio del procedimiento, y cómo este acuerdo podría ser modificado durante su substanciación¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Art. 239.3 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos de Croacia.

¹⁶⁰ Sección 105.1 de la Ley de Derechos de Autor de Hungría.

¹⁶¹ Art. 46 de la Ley de Derechos de Autor de Chipre.

¹⁶² Art. 9.2 en relación con la Lei n.º 34/2004, de 29 de julio, modifica el sistema de acceso a la justicia y a los tribunales y transpone al Derecho nacional, la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios, Diário da República n.º 177/2004, Série I-A de 2004-07-29, disponible en <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/34-2004-502394>.

¹⁶³ Art. 52.6 y 7 de la Ley de Derechos de Autor de Dinamarca.

¹⁶⁴ Art. 67.9.3 de la Ley de Derechos de Autor de Letonia.

¹⁶⁵ Art. 67.2 de la Ley de Derechos de Autor de Letonia.

4. Conclusiones

El art. 21 DDSM es una disposición de carácter abierto, lo que dota a los Estados miembros de libertad a la hora de regular los procedimientos alternativos de resolución de litigios a los que pueden someterse las partes en relación con los conflictos relativos a la obligación de transparencia (art. 19) y el mecanismo de adaptación de contratos (art. 20) de la propia norma, desde el tipo de MASC aplicable al procedimiento que debe seguirse. Esta libertad tiene la ventaja de respetar la tradición jurídica de cada Estado miembro en materia de MASC, sin exigir grandes cambios legislativos ni imponer costes económicos añadidos. En este sentido, el análisis efectuado nos permite concluir que, en general, los países han adaptado el cumplimiento de esta disposición a los mecanismos alternativos de solución de controversias ya previstos en su ordenamiento jurídico al momento de la transposición. Solo Portugal ha optado por implementar una institución nueva para cumplir con las obligaciones previstas en el artículo.

Sin embargo, el carácter abierto del art. 21 ha generado disparidades a la hora de su transposición, de manera que no se ha conseguido una situación legislativa armonizada en los diferentes Estados Miembros en relación con los MASC. Las disparidades inciden de forma preponderante en la solución de conflictos cuando presentan carácter transfronterizo y no ayudan a la consolidación de una cultura de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del Derecho de autor. Otro de los inconvenientes que trae consigo la regulación abierta del art. 21 DDSM radica en que no es obligatorio crear organismos especializados, lo que puede perjudicar a las partes, particularmente cuando los conflictos no son resueltos por árbitros o mediadores expertos en derechos de autor.

La segunda característica del art. 21 es su imperatividad. La misma se encuentra reforzada por el art. 23.1 DDSM que impide cláusulas contractuales de renuncia anticipada al uso de MASC por parte de autores y artistas intérpretes o ejecutantes, sin perjuicio del carácter voluntario del uso de los MASC. La imperatividad de esta disposición busca proteger a los titulares citados impidiendo que puedan aceptar contractualmente una limitación en relación con el acceso al mecanismo de solución extrajudicial de conflictos. Se parte de considerar que los métodos extrajudiciales conllevan una serie de ventajas frente a los judiciales, por lo que resultan más beneficiosos y tienden a equiparar mejor el equilibrio de fuerzas entre las partes. Nos parece criticable que no todos los Estados miembros hayan transpuesto dicha disposición.

El ámbito de aplicación del art. 21 es limitado, puesto que sólo impone a los Estados miembros la obligación de garantizar que los autores y los artistas intérpretes o ejecutantes puedan acceder a MASC en relación con dos mecanismos concretos tendentes a asegurar a aquellos una remuneración adecuada y equitativa en el marco de sus relaciones contractuales (obligación de transparencia y mecanismo de adaptación de los contratos). Hubiera sido preferible que esta obligación se extendiera al resto de medidas contempladas en la DDSM para este mismo fin.

Como consecuencia del carácter abierto del art. 21 DDSM, el tipo de MASC aplicable varía según los Estados miembros. Son diez los Estados miembros que han establecido la mediación, cuatro de estos ante instituciones específicas de resolución de controversias (Austria, Dinamarca, Lituania, Grecia), y cinco se remiten a las disposiciones generales sobre este MASC (Letonia, Bulgaria, Luxemburgo, República Checa y Rumanía). Ocho Estados miembros permiten tanto la aplicación de la mediación como del arbitraje, siendo una facultad de las partes poder escoger

entre uno u otro (Alemania, Chipre, Croacia, Eslovenia, España, Irlanda, Malta y Portugal). Un solo Estado prevé el uso de la conciliación (Hungría) y tres países miembros no especifican el MASC concreto que deberá ser aplicado (Países Bajos, Italia y Eslovaquia), aunque es válido resaltar que, en este último supuesto, el mecanismo alternativo se desarrolla en instituciones específicas. No puede concluirse, por lo tanto, que exista una prevalencia de un MASC en particular en materia de conflictos de derechos de autor.

Parece existir una relación directa entre la exigencia de que el facilitador posea formación específica en materia de derechos de autor y en resolución de controversias y la posibilidad de que pueda hacer propuestas para la solución de controversias en este ámbito. En nuestra opinión, ambos requerimientos son necesarios para elevar la calidad de los mecanismos, en particular para resolver conflictos con un determinado nivel de complejidad, como son los de derechos de autor.

Consideramos que la legitimación activa no sólo debe reconocerse a las entidades de gestión colectiva, como hace la gran mayoría de los ordenamientos nacionales, sino que también debe extenderse a otro tipo de asociaciones representativas de autores y artistas intérpretes o ejecutantes y a los operadores de gestión independiente. En todo caso, no debe ampliarse más allá del ámbito subjetivo del art. 21, so pena de impedir que se alcance la finalidad de protección de las partes más débiles de la relación contractual.

5. Bibliografía

5.1. Doctrina

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, «Las nuevas funciones de la Comisión de Propiedad Intelectual», *Revista General de Derecho Procesal*, 27, 2012, pp. 1 ss.

BARONA VILAR, Silvia, «Integración de la mediación en el moderno concepto de Access to Justice. Luces y sombras en Europa», *Indret*, 2014, pp. 1 ss.

BENTLY, Lionel/ SHERMAN, Brad, *Intellectual property law*, 4th ed., Oxford, OUP, 2014.

CABEDO SERNA, Llanos, «La obligación de transparencia en la Directiva sobre Derechos de Autor en el Mercado Único Digital: ¿un paso más hacia una remuneración adecuada para los autores?», en SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN/EVANGELIO LLORCA, RAQUEL (dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 419 ss.

COLMENERO GUERRA, J. A., «La Reforma de los MASC en el Proyecto de Ley de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia», en FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (Coord.), *Avances para una Justicia sostenible. Ponencias y comunicaciones de la Jornada sobre «Métodos alternativos de Resolución de Controversias y Cultura de la Paz» (16 de diciembre de 2022)*, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2023, pp. 58 y ss.

DUSOLLIER, Séverine, et. al., *Comment of the European Copyright Society Addressing Selected Aspects of the Implementation of Articles 18 to 22 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital*

Single Market, disponible en https://europeancopyrightsociety.org/wp-content/uploads/2020/06/ecs_comment_art_18-22_contracts_20200611.pdf.

ESPLUGUES MOTA, Carlos, *Mediación Civil y comercial. Regulación internacional e Iberoamérica*, Tirant Lo Blanch, 2019.

GANDIA SELLENS, María Aranzazu, *El arbitraje frente a los litigios internacionales en materia de propiedad intelectual: la arbitrabilidad y la adopción de medidas cautelares*, Editorial Aranzadi, 2014.

GARCÍA VILLALUENGA, Leticia/VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo, «La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo», *Política y Sociedad*, Vol. 50, 2013, pp. 71 ss.

HILTY, Reto/MOSCON, Valentina, *Modernisation of the EU Copyright Rules Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition 2017*, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 17-12, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3036787>.

IP KEY LATIN AMÉRICA, *Presence and use of mediation in Intellectual Property cases in Latin America*, 2024, IP Key.

JABALY, Peter, «IP litigation or ADR: costing out the decision», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 5, 10, 2010, pp. 730 ss.

LANG, Jon, *A practical guide to mediation in intellectual property, technology and related disputes*, Sweet & Maxwell, London, 2001.

LIPSZYC, Delia, *Derecho de autor y derechos conexos*, reimpresión inalterada de la edición de 1993, Ediciones UNESCO, CERLAC y Zavalía, Buenos Aires, 2006.

MINERO ALEJANDRE, Gemma, «La armonización europea de la obligación de remuneración equitativa y proporcionada de autores y artistas por la cesión de derechos como paso sine qua non para su verdadera tutela efectiva en el territorio europeo», *Cuadernos Jurídicos*, 2020, pp. 1 ss.

MONTESINOS GARCÍA, Ana, «Últimas tendencias en la resolución alternativa de conflictos relativas a la propiedad intelectual: el Centro de Arbitraje y mediación de la OMPI», *Revista General de Derecho Procesal*, 30, 2013, pp.1 ss.

OMPI, *Mecanismos extrajudiciales de solución de controversias para controversias en materia de derechos de autor y contenidos digitales entre empresas (B2B). Informe sobre los resultados de la encuesta de la OMPI-MCST*, Ginebra, OMPI, 2021.

OMPI, *Material de estudio para Curso sobre Mediación en Propiedad Intelectual*, Ginebra, OMPI, 2017.

ORDELLIN FONT, Jorge Luis, «El uso de la mediación en la solución de conflictos de derechos de autor en el entorno digital: un análisis desde el marco comunitario», *III UB International Phd in Law Conference: El carácter multinivel del derecho global*, Editorial Aula Magna, 2021, pp. 27 ss.

OROZCO PARDO, Guillermo/MONEREO PÉREZ, José Luis, *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Editorial Tecnos, 2015.

PALAO MORENO, Guillermo, «Propriedade intelectual e direito internacional privado na união europeia», en WACHOWICZ, MARCOS (coord.), *Estudos de Direito da Propriedade Intelectual*, Curitiba, GEDAI, 2015, pp. 67 ss.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, «Interpretación y Obra derivada», en *Interpretación y autoría*, Carlos ROGEL VIDE (coord.), Colección de Propiedad Intelectual, Fundación AISGE y Editorial Reus, Madrid, 2004, pp.83-126.

RUBÍ PUIG, Antoni, «El mecanismo de adaptación contractual del artículo 20 de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital y su transposición al Derecho español», *Pe.i revista de propiedad intelectual*, nº 73, 2023, pp. 13 ss.

SAIZ GARCÍA, Concepción, «La garantía de una remuneración adecuada para los autores y artistas intérpretes o ejecutantes en el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre», en LÓPEZ RICHART, JULIÁN/SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN (coords.), *Digitalización, acceso a contenidos y propiedad intelectual*, Dykinson, 2023, pp. 187 ss.

SAIZ GARCÍA, Concepción, «El principio de remuneración adecuada y proporcionada en la Directiva 2019/790/UE», en SAIZ GARCÍA, CONCEPCIÓN/EVANGELIO LLORCA, RAQUEL (dirs.), *Propiedad intelectual y mercado único digital europeo*, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 368 ss.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael/OYARZÁBAL OYONARTE, Nora, «Decadencia y caída del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: la transposición de la Directiva 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital por el Real Decreto-Ley 24/2021, de 2 de noviembre», *Pe.i. revista de propiedad intelectual*, nº 69, 2021, pp. 13 ss.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael/OYARZÁBAL OYONARTE, Nora, «La Directiva de derechos de autor en el mercado único digital: una regulación sobre la remuneración equitativa de autores y artistas en los contratos de explotación», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, tomo 40, 2019-2020, pp. 223 ss.

SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, «Comentarios a los artículos 105-112 del TRLPI» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, pp.1420-1512.

WECHS, Hatanaka Asako, *Mediation and intellectual property law: a European and comparative perspective*. Droit. Université de Strasbourg, 2016.

VALIÑO CES, Almudena, «Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos», en *Cadernos de Dereito Actual*, No 11. Núm. Ordinario (2019), pp. 201 ss.

5.2. Legislación de la Unión Europea

Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil, 19.04.2002, COM/2002/0196 final, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:ES:PDF>.

Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. DO L 136 de 24.5.2008, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0052>.

Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su utilización en línea en el mercado,. DO L 84 de 20.03.2014, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32014L0026>.

Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DO L 130 de 19.05.2019, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32019L0790>.

Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales), DO L 277 de 27.10.2022, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32022R2065>.

5.3. Legislación de los Estados miembros

Alemania

Ley para adaptar los derechos de autor a las exigencias del mercado interior digital, Boletín Oficial Federal Volumen 2021 Parte Inº. 27, publicado en Bonn el 4 de junio de 2021, disponible en: <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-anpassung-des-urheberrechts-an-die-erfordernisse-des-digitalen/273942>.

Austria

Ley federal por la que se modifica la Ley de derechos de autor, la Ley de sociedades de gestión colectiva 2016 y la Ley KommAustria (Enmienda sobre Derechos de Autor 2021 - Urh-Nov). *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* (BGBl); Number:BGBl. I Nr. 244/2021, disponible en https://www.parlament.gv.at/dokument/XXVII/I/1178/fname_1012569.pdf, (fecha de consulta 20 de junio de 2023).

Ley federal sobre sociedades de gestión colectiva (Ley de sociedades de gestión colectiva de 2016 - *VerwGesG 2016*), 1057 *der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXV*. GP, versión del 31 de diciembre de 2021, disponible https://www.parlament.gv.at/dokument/XXV/I/1057/fname_517397.pdf.

Bélgica

Ley de transposición de la Directiva 2019/790, *Belgisch Staatsblad*, C-2022/15053, de 8 de enero de 2022, disponible https://etaamb.openjustice.be/nl/wet-van-19-juni-2022_n2022015053.html

Bulgaria

Decreto nº 211, por el que se promulga en el Boletín Oficial la Ley por la que se modifica y completa la Ley de derechos de autor y derechos afines, aprobada por la 49ª Asamblea Nacional el 23 de noviembre de 2023, *Държавен вестник*; 100; disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/PDF/?uri=NIM:202306260>.

Chipre

Ley Número 155(I) de 2022, por la que se modifican las Leyes sobre Derechos de Autor y Derechos Afines, enmienda de 2022, *Cyprus Gazette*; 4912, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=CELEX:72006L0115CYP_202206584.

Croacia

Ley de Derechos de Autor y Conexos, Boletín Oficial 111/2021 (14 de octubre de 2021), disponible en https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2021_10_111_1941.html.

Dinamarca

LBK nº 1144 del 23/10/2014, Ley de Derechos de Autor, disponible <https://www.retsinformation.dk/eli/lt/2014/1144>.

L 125, Ley que modifica la Ley de derechos de autor. (Implementación de partes de la Directiva sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital), aprobado por el Parlamento danés en 3ª lectura el 1 de junio de 2023, disponible en https://www.ft.dk/samling/2022/lovforslag/1125/2022_1125_som_vedtaget.htm.

España

Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. BOE, nº. 97, de 22/04/1996, disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930>.

Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes, BOE nº. 263, de 3 de noviembre de 2021, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2021/11/02/24>.

Eslovenia

Ley de modificación de la Ley de derechos de autor y derechos conexos (ZASP-I), 2022, Boletín Oficial de la República de Eslovenia, núm. 130/22, disponible en <https://pisrs.si/pregledPredpisa?id=ZAKO8300>.

Eslovaquia

Ley n.º 71/2022 de la recopilación, por la que se modifica la Ley n.º 185/2015 de la recopilación, la Ley de derechos de autor, en su versión modificada, Zbierka zákonov SR, disponible en <https://www.slov-lex.sk/ezbierky/pravne-predpisy/SK/ZZ/2022/71/20220325.html>.

Ley 420 del 25 de junio de 2004 sobre la mediación y sobre la complementación de algunas leyes, disponible en <https://www.slov-lex.sk/ezbierky/pravne-predpisy/SK/ZZ/2004/420/>.

Estonia

Ley de modificación de la Ley de derechos de autor (transposición de las directivas sobre derechos de autor), *Elektroonline Riigi Teataja*, RT I, 28.12.2021, disponible en <https://www.riigiteataja.ee/akt/128122021001>.

Finlandia

Ley 263/2023, por la que se modifica la Ley de Propiedad Intelectual, Suomen Säädoskokoelma, Helsinki, 3 de marzo de 2023, disponible en https://www.finlex.fi/fi/laki/kokoelma/2023/sk20230263.pdf?_cf_chl_tk=Cv45w2JopS8Im7RLaxIHEF69_2nINuPV3dbv2ID6XkU-1739208856-1.0.1.1-Rw9acJE4jv_1xO3z5jAeqYg7J3OT08k4UEyjs2xsJKs.

Francia

Ordenanza n.º 2021-580 del 12 de mayo de 2021 para la transposición del artículo 6, artículo 2 y artículos 17 a 23 de la Directiva 2019/790, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, JORF n.º 01111, 13 de mayo de 2021.

Grecia

Ley Pública n.º 4996 de 24 de noviembre de 2022, Establecimiento de normas sobre el ejercicio de los derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas emisiones en línea de organismos de radiodifusión y retransmisiones de programas de televisión y radio, manteniendo un alto nivel de protección de los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y el derecho de préstamo público y reproducción de copias adicionales de bibliotecas o archivos sin ánimo de lucro-Modificación de la Ley n.º. 2121/1993 y de la Ley n.º. 4481/2017- Incorporación de las Directivas (UE) 2019/789, (UE) 2019/790 y 2006/115/CE, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=NIM:202207410>.

Hungría

Ley XXXVII de 2021 que modifica la Ley LXXVI de 1999 sobre derechos de autor y la Ley XCIII de 2016 sobre la gestión conjunta de los derechos de autor y los derechos relacionados con los derechos de autor, disponible en <https://njt.hu/jogszabaly/2021-37-00-00.0>.

Irlanda

S.I. No. 567/2021 - European Union (Copyright and Related Rights in the Digital Single Market) Regulations 2021, 19th November, 2021, disponible en: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2021/si/567/made/en/pdf>.

Italia

Decreto Legislativo 8 de noviembre de 2021, n° 177 Implementación de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE. (21G00192) (Serie General GU n.283 del 27-11-2021, disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2021/11/27/21G00192/sg>.

Letonia

Ley de derechos de autor, Boletín Oficial de Letonia, 148/150, 27.04.2000, modificada, disponible en: <https://likumi.lv/ta/id/5138-autortiesibu-likums>.

Enmiendas a la Ley de Derechos de Autor, Boletín Oficial de la República de Letonia, OP 2023/67.2, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/LV/TXT/PDF/?uri=NIM:202302062>.

Lituania

Ley de la República de Lituania sobre derechos de autor y derechos afines n°. VIII-1185 1, 2, 3, 5, 11, 15, 21, 22, 23, 32, 40, 42, 46, 48, 51, 53, 55, 56, 58, 59, 63, 65, 68, 70, 729, 7210, 7212, 7213, 7230, 7231, 75, 78, 80, 87, 89, 91, 92, Ley n° 93, 95, 96, por la que se modifican los artículos 151, 152, 211, 221, 222, 401, 402, 403, 571, 651, los Capítulos VIII y IX XIV-970, disponible en <https://e-seimas.lrs.lt/portal/legalAct/lt/TAD/6d3681c0ac0711ecaf79c2120caf5094?jfwid=-2x8vfjjrd>.

Luxemburgo

Ley de 1 de abril de 2022 que modifica la Ley modificada de 18 de abril de 2001 sobre derechos de autor, derechos conexos y bases de datos; la Ley de 3 de diciembre de 2015 relativa a determinados usos autorizados de obras huérfanas y la Ley de 25 de abril de 2018 relativa a la gestión colectiva de los derechos de autor y derechos afines y a la concesión de licencias multiterritoriales de derechos sobre obras musicales para su uso en línea en el mercado interior, con vistas a la transposición de la Directiva 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/EST, disponible en <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2022/04/01/a158/jo>.

Ley de 24 de febrero de 2012 relativa a la introducción de la mediación en materia civil y mercantil en el Nuevo Código de Procedimiento Civil; transposición de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materia civil y mercantil; disponible en <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2012/02/24/n1/jo>.

Malta

L.N. 261 de 2021, Ley de Derechos de Autor (CAP. 415), Derechos de autor y derechos afines en el Mercado Único Digital Reglamento, 2021, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=NIM:202104295>.

Países Bajos

Ley de 16 de diciembre de 2020 por la que se modifica la Ley de derechos de autor, la Ley de derechos conexos, la Ley de bases de datos y la Ley de supervisión y resolución de litigios sobre entidades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos afines en relación con la aplicación de la Directiva (UE) 2019/790 de la Unión Europea, Parlamento y Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE (Ley de aplicación de la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital), *Staatsblad* 2020, 558, disponible en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2020-558.html>.

Decisión por la que se nombra el Comité de Controversias sobre Derecho de Contratos de Derecho de Autor, Boletín Oficial. La Haya, 13 de septiembre de 2016, Ministro de Seguridad y Justicia, disponible en <https://wetten.overheid.nl/BWBR0038567/2016-11-01>.

Polonia

Ley de 26 de julio de 2024 por la que se modifican la Ley de derechos de autor y derechos conexos, la Ley de protección de las bases de datos y la Ley de gestión colectiva de los derechos de autor y derechos conexos, *Dziennik Ustaw*, 19 de agosto de 2024, disponible en <https://eli.gov.pl/eli/DU/2024/1254/ogl>.

Portugal

Decreto-Ley n.º 47/2023, de 19 de junho, Diário da República n.º 117/2023, Transpõe a Diretiva (UE) 2019/790, relativa aos direitos de autor e direitos conexos no mercado único digital, disponible en <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/decreto-lei/47-2023-214524782>.

Ley n.º 63/2011 de 14 de Dezembro, Ley da Arbitraje Voluntario, Diário da República n.º 238/2011, Série I de 2011-12-14, disponible en <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/63-2011-145578>.

Lei n.º 34/2004, de 29 de julio, modifica el sistema de acceso a la justicia y a los tribunales y transpone al Derecho nacional, la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios,

Diário da República n.º 177/2004, Série I-A de 2004-07-29, disponible en: <https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/lei/34-2004-502394>.

República Checa

Ley 429 de 8 de diciembre de 2022, por la que se modifica la Ley n.º 121/2000, sobre derechos de autor, derechos afines a los derechos de autor y por la que se modifican determinadas leyes (Ley sobre derechos de autor), en su versión modificada, y otras leyes conexas, disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/CS/TXT/PDF/?uri=CELEX:71996L0009CZE_202300111.

Rumanía

Ley n.º 69 de 28 de marzo de 2022 por la que se modifica y completa la Ley n.º 8/1996 sobre derechos de autor y derechos afines, publicada en el Boletín Oficial n.º 321 de 1 de abril de 2022, disponible en <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/253526>.

Suecia

Ley 2022:1712 de modificación de la Ley (1960:729) sobre derechos de autor de obras literarias y artísticas, de 13 de diciembre de 2022, Svensk författningssamling (SFS), disponible en: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-1960729-om-upphovsratt-till-litterara-och_sfs-1960-729/.

Ley 2022:1713 por la que se modifica la Ley (2017:322) sobre mediación en determinados litigios sobre derechos de autor de 13 de diciembre de 2022, Svensk författningssamling (SFS), disponible en: https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/lag-2017322-om-medling-i-vissa_sfs-2017-322/

La atribución de responsabilidad civil por actos de sistemas autónomos de inteligencia artificial: desafíos para el derecho privado

Sumario

La progresiva incorporación de sistemas de inteligencia artificial dotados de autonomía funcional y capacidad de aprendizaje plantea desafíos estructurales al modelo tradicional de responsabilidad civil del Derecho privado. A diferencia de otras tecnologías, estos sistemas pueden generar daños jurídicamente relevantes sin una conducta humana directa, mediante procesos decisionales opacos y causalidades distribuidas que dificultan la aplicación del esquema clásico de imputación por culpa del artículo 1902 del Código Civil.

El presente trabajo aborda esta problemática desde una perspectiva dogmática y sistemática, analizando, en primer lugar, los rasgos técnicos de la inteligencia artificial autónoma que inciden en la imputación civil, en particular la autonomía decisional, la opacidad algorítmica y el sesgo como riesgo estructural. A partir de ello, se examinan los límites del modelo subjetivo de responsabilidad y se rechaza tanto su aplicación mecánica como la proclamación de un régimen general de responsabilidad objetiva por el mero uso de inteligencia artificial.

Sobre esta base, el estudio propone una arquitectura escalonada de imputación del daño algorítmico, que distingue entre los supuestos imputables a un defecto de seguridad del sistema considerado como producto, sometidos al régimen de responsabilidad objetiva de la Directiva (UE) 2024/2853, y aquellos derivados del despliegue, configuración o uso profesional del sistema, en los que la responsabilidad se articula a través de una culpa normativa fundada en el incumplimiento de deberes legales y técnicos de diligencia ex ante.

El trabajo defiende, en este contexto, un modelo de atribución funcional del riesgo algorítmico, orientado a identificar a los operadores que ocupan posiciones estructuralmente relevantes en la creación, organización o explotación del riesgo y que se encuentran en mejor situación para prevenirlo o asegurar sus consecuencias. Este enfoque permite garantizar la reparación efectiva del daño sin recurrir a ficciones como la personalidad jurídica de la inteligencia artificial y sin sacrificar los principios estructurales del Derecho civil.

Abstract

The increasing deployment of artificial intelligence systems endowed with functional autonomy and learning capabilities poses structural challenges to traditional civil liability frameworks in private law. Unlike previous technologies, such systems may cause legally relevant harm without direct human conduct, through opaque decision-making processes and distributed causal chains that undermine the applicability of classical fault-based liability under Article 1902 of the Civil Code.

This article addresses these challenges from a doctrinal and systematic perspective. It first examines the technical features of autonomous AI systems that are legally relevant for civil liability—namely decisional autonomy, algorithmic opacity, and algorithmic bias as a structural risk. On this basis, the study analyses the limits of the traditional fault-based model and rejects both its mechanical application and the introduction of a general strict liability regime for the mere use of artificial intelligence.

The article then advances a structured and differentiated framework for the attribution of algorithmic harm. It distinguishes between damages attributable to a lack of safety of the AI system as a product, subject to the strict liability regime established by Directive (EU) 2024/2853, and damages arising from the

deployment, configuration, or professional use of AI systems, where liability is grounded in a form of normative fault based on the breach of legally defined ex ante duties of diligence.

Within this framework, the article advocates a model of functional risk attribution, aimed at identifying those operators who occupy structurally relevant positions in the creation, organization, or exploitation of algorithmic risk and who are best placed to prevent or insure against its harmful consequences. This approach ensures effective compensation without resorting to legal fictions such as AI legal personhood and preserves the core principles of civil liability law.

Title: *Attributing Civil Liability for Acts of Autonomous Artificial Intelligence Systems: Challenges for Private Law*

-

Palabras clave: Inteligencia artificial autónoma; responsabilidad civil extracontractual; imputación funcional del riesgo; culpa normativa; daño algorítmico.

Keywords: *Autonomous artificial intelligence; non-contractual civil liability; functional risk attribution; normative fault; algorithmic harm.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.05

-	
1. Introducción	
2. La autonomía funcional de los sistemas de inteligencia artificial	
2.1. Aproximación técnica y jurídica a la noción de inteligencia artificial	
2.2. Autonomía funcional y caja negra: impacto en la imputación civil	
a. De la independencia operativa al resultado no predefinido	
b. La opacidad (“caja negra”) como límite estructural de control y explicación	
c. Efectos en los tres pilares del art. 1902 CC	
d. Consecuencia dogmática: del sujeto a la estructura	
2.3. El sesgo algorítmico como riesgo jurídico	
3. Del modelo subjetivo del art. 1902 a la responsabilidad objetiva por riesgo creado	
3.1. Modelo clásico de culpa del art. 1902 CC: alcance dogmático y límites estructurales ante la inteligencia artificial	
3.2. La responsabilidad objetiva por riesgo creado como respuesta dogmáticamente adecuada	
3.3. Analogías civiles	
4. Sujetos potencialmente responsables por daños causados por sistemas de inteligencia artificial	
4.1. Planteamiento general: imputación funcional y pluralidad de operadores en el ecosistema algorítmico	
4.2. El fabricante y el proveedor del sistema: responsabilidad por defecto, aprendizaje y sesgo estructural	
4.3. El programador o diseñador del algoritmo: defectos de diseño, sesgo algorítmico y estándares de diligencia técnica	
4.4. El usuario profesional y el usuario no profesional	
4.5. El propietario o poseedor del bien integrado con IA	
5. Arquitectura regulatoria para el daño algorítmico	
5.1. El daño algorítmico y la necesidad de una arquitectura normativa funcional	
5.2. Clarificación de los modelos de imputación: responsabilidad objetiva, culpa normativa y alcance real de las soluciones combinadas	
5.3. La atribución funcional del riesgo algorítmico	
6. Configuración sistemática y alcance normativo del modelo de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial	
6.1. Fundamentación y estructura del modelo propuesto	
6.2. Atribución funcional del riesgo, dimensión probatoria y valoración final	
7. Conclusiones	
8. Bibliografía	
-	

1. Introducción*

La transformación digital contemporánea, impulsada por el desarrollo de tecnologías emergentes como la inteligencia artificial (IA), ha abierto una nueva etapa en la evolución del tráfico jurídico, tanto público como privado. En este contexto, uno de los fenómenos más disruptivos es la creciente presencia de sistemas de inteligencia artificial autónoma capaces de ejecutar tareas complejas, tomar decisiones y adaptarse a nuevas situaciones sin intervención humana directa o constante. Esta realidad tecnológica ha comenzado a generar no solo impactos económicos y sociales, sino también profundos interrogantes jurídicos, entre los cuales destaca la cuestión de la atribución de responsabilidad civil por los daños que estos sistemas puedan causar.

A diferencia de otras herramientas técnicas o informáticas, la IA, especialmente en sus formas más avanzadas, como el aprendizaje automático (*machine learning*¹) y el aprendizaje profundo (*deep learning*²), se caracteriza por su capacidad de operar con un margen de autonomía creciente, que reduce el control humano sobre sus decisiones concretas. Esta característica, que incrementa el rendimiento funcional de los sistemas, introduce al mismo tiempo una importante opacidad algorítmica, dificultando tanto la previsibilidad de su actuación como la reconstrucción causal de los daños que pudieran derivarse de ella³. El efecto jurídico inmediato de esta transformación es una tensión creciente entre el diseño actual de las normas de responsabilidad civil y las nuevas formas de riesgo tecnológicamente mediado.

El Derecho civil, al igual que los sistemas continentales de tradición romanista, ha construido la responsabilidad extracontractual sobre el principio general de imputación por culpa, recogido en el artículo 1902 del Código Civil, que establece: «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Este precepto presupone un agente humano capaz de actuar con voluntad y discernimiento, de modo que el daño reparable se conecta con una conducta antijurídica personalizable. No obstante, esta categoría resulta difícil de aplicar cuando el supuesto de hecho no involucra una acción humana directa, sino la actuación de un sistema dotado de autonomía funcional. En efecto, ¿cómo imputar jurídicamente una conducta a una persona cuando dicha conducta ha sido generada, al

* Abigail Quesada Páez, (aquesadap@ugr.es). Este trabajo se ha elaborado en el marco de los resultados del Proyecto de I+D+i «La responsabilidad civil en el entorno digital. Especial consideración a la Inteligencia Artificial (ReCIA)» (C.SEJ.297.UGR23).

¹ *Machine learning* designa un conjunto de métodos computacionales, propios de la inteligencia artificial, mediante los cuales un sistema ajusta de forma autónoma sus parámetros internos a partir de la experiencia o de los datos de entrenamiento. Esta capacidad de aprendizaje sin reglas codificadas de antemano permite generar resultados no previstos por el programador y plantea importantes desafíos jurídicos en materia de imputación, trazabilidad y control.

² *Deep learning* (aprendizaje profundo) es una rama avanzada del *machine learning* que utiliza redes neuronales artificiales con múltiples capas intermedias (*deep neural networks*) para procesar grandes volúmenes de datos no estructurados, como imágenes, texto o sonido. A través de un entrenamiento progresivo, el sistema ajusta de forma automática millones de parámetros internos, generando decisiones altamente complejas sin intervención humana directa ni reglas programadas de forma explícita. Esta arquitectura técnica produce un nivel elevado de opacidad algorítmica (*black box*), que dificulta la auditabilidad, la explicación del razonamiento seguido y, por tanto, la imputación jurídica del daño en caso de error. Es decir, generando resultados difícilmente explicables incluso para sus desarrolladores.

³ Sobre la opacidad algorítmica y la problemática del control humano, véase HILDEBRANDT. *Smart Technologies and the End(s) of Law*. Cheltenham: Elgar, 2016.

menos en parte, por un sistema que opera fuera del control humano directo y sin previsibilidad *ex ante*?

Ante este panorama, la doctrina comienza a señalar que el marco tradicional de la responsabilidad por culpa resulta insuficiente para abordar los riesgos inherentes a la inteligencia artificial, y propone la necesidad de reforzar las soluciones basadas en la responsabilidad objetiva⁴. Esta, a su vez, requiere una reflexión profunda sobre sus fundamentos, límites y sujetos pasivos, especialmente en lo que respecta a quién debe soportar el coste de la reparación del daño en casos donde no se puede identificar una culpa humana concreta. En el caso de la IA, los candidatos posibles, fabricantes, programadores, usuarios, propietarios, pueden haber actuado correctamente desde el punto de vista técnico y jurídico, y, sin embargo, el sistema puede causar un daño como resultado de un aprendizaje emergente o de una interacción no prevista.

En paralelo, en los últimos años han surgido propuestas legislativas a nivel europeo dirigidas a adaptar los marcos normativos de la responsabilidad civil a la era digital. En particular, el Parlamento Europeo, en su Resolución de 2017 sobre normas de Derecho civil para la robótica, llegó a sugerir la creación de una figura jurídica inédita: la «persona electrónica», susceptible de ser titular de obligaciones, incluidas las de tipo patrimonial, en casos de daños causados por robots autónomos⁵. Esta idea ha generado un amplio debate doctrinal, siendo criticada por alejarse de los principios clásicos del Derecho privado y por los riesgos que conlleva atribuir personalidad jurídica sin correlativa capacidad moral o social⁶. A esta iniciativa le han seguido propuestas más técnicas y prudentes, como la Propuesta de Directiva europea sobre responsabilidad por productos defectuosos adaptada a la inteligencia artificial (*AI Liability Directive*), y el Reglamento de Inteligencia Artificial (*AI Act*), que apuesta por una regulación basada en el riesgo y centrada en los deberes de información y seguridad, sin abordar directamente la cuestión de la responsabilidad civil.

En este escenario complejo, el presente trabajo se propone ofrecer un análisis sistemático y dogmático del problema de la responsabilidad civil por daños causados por sistemas autónomos de inteligencia artificial desde el marco del Derecho civil. En concreto, se pretende responder a tres preguntas fundamentales:

- a) ¿Es posible seguir aplicando las categorías tradicionales de la responsabilidad por culpa en los supuestos de daño causados por sistemas de IA autónoma?
- b) ¿Qué posibilidades ofrece el régimen de responsabilidad objetiva en estos casos, y qué fundamento dogmático puede sostener su aplicación?
- c) ¿Es conveniente introducir mecanismos de aseguramiento obligatorio o soluciones inspiradas en modelos análogos, como la responsabilidad por el hecho de las cosas o de los animales, para afrontar estos nuevos riesgos?

La respuesta a estas cuestiones se articula en varias etapas. Primero, se delimita conceptualmente el fenómeno de la autonomía funcional de los sistemas de IA, diferenciando entre distintos niveles de complejidad y control humano. En segundo lugar, se examina el régimen vigente de responsabilidad civil en el Derecho español, identificando sus límites y posibilidades en relación con los nuevos riesgos tecnológicos. En tercer lugar, se analizan las respuestas legislativas y doctrinales más relevantes en el contexto europeo y comparado.

⁴ VALLESPÍN PÉREZ, *Responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial*, Madrid, Reus, 2020., pp. 35-53.

⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)), considerando 59(f).

⁶ BARRIO ANDRÉS, «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de Derecho Privado*, Año 102, n.º 2, 2018, pp. 89-107.

Finalmente, se propone un modelo de imputación de responsabilidad basado en una responsabilidad objetiva reforzada, fundada en el riesgo creado por la actividad y complementada con instrumentos de aseguramiento obligatorio, inspirada en la regulación del artículo 1905 del Código Civil.

Se defiende que el Derecho civil, lejos de necesitar una ruptura con sus categorías fundamentales, puede, y debe, responder al desafío de la inteligencia artificial desde una evolución interna, coherente con sus principios tradicionales de prevención, reparación y seguridad jurídica. Solo así podrá mantenerse el equilibrio entre la innovación tecnológica y la tutela efectiva de los derechos de las personas afectadas por los nuevos riesgos del siglo XXI.

2. La autonomía funcional de los sistemas de inteligencia artificial

2.1. Aproximación técnica y jurídica a la noción de inteligencia artificial

La inteligencia artificial (IA) es un fenómeno que desborda el ámbito puramente tecnológico y se proyecta en múltiples dimensiones de la realidad económica, social y jurídica. Desde un punto de vista técnico, puede definirse como el conjunto de técnicas y sistemas capaces de realizar tareas que, si fueran ejecutadas por seres humanos, requerirían inteligencia, tales como el razonamiento lógico, la toma de decisiones, el reconocimiento de patrones, el aprendizaje y la resolución de problemas complejos⁷. Esta definición abarca desde sistemas simples de automatización hasta sofisticadas arquitecturas algorítmicas basadas en redes neuronales profundas.

Entre las técnicas más relevantes se encuentran el aprendizaje automático (*machine learning*) y el aprendizaje profundo (*deep learning*), mediante los cuales el sistema ajusta sus propios parámetros internos en función de los datos que procesa, sin necesidad de que el programador especifique todas las reglas de funcionamiento. Estas tecnologías permiten al sistema adquirir nuevas conductas o respuestas a partir de la experiencia, generando resultados que no han sido expresamente programados y que, en ocasiones, pueden ser inesperados incluso para sus creadores⁸.

La característica esencial de la IA moderna no es simplemente su capacidad computacional, sino su carácter dinámico y adaptativo, que introduce una alteración profunda en la relación tradicional entre programación y resultado. A diferencia del software clásico, donde las instrucciones determinan directamente el resultado, en los sistemas de IA actuales, la programación crea un marco de aprendizaje, pero no controla cada decisión particular. Este desplazamiento de la previsibilidad técnica a la adaptabilidad estadística ha dado lugar al fenómeno de la llamada «opacidad algorítmica», que dificulta entender, y por tanto explicar o auditar, cómo se toma una decisión concreta⁹.

Desde el punto de vista jurídico, esta evolución plantea serias dificultades para aplicar las categorías tradicionales de imputación de responsabilidad, tanto en el plano civil como penal. La doctrina ha advertido que la IA genera una «ruptura» en el paradigma de atribución de responsabilidad basado en la conducta humana, ya que el daño puede originarse en una

⁷ RUSSELL/NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (4.^a ed.). Pearson, 2020, disponible en: <https://aima.cs.berkeley.edu/>

⁸ LECUN/BENGIO/HINTON, «Deep learning», *Nature*, 521(7553), 2015, pp. 436–444. <https://doi.org/10.1038/nature14539>

⁹ BURRELL, «How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms», *Big Data & Society*, 3(1), 2016, pp. 1–12. <https://doi.org/10.1177/2053951715622512>

secuencia de decisiones tomadas por una entidad que no posee voluntad, ni puede actuar con dolo o culpa¹⁰. En el ámbito penal, Gless, Silverman y Weigend han señalado que los sistemas autónomos, como los vehículos sin conductor, plantean el problema de que *nadie está actuando en el sentido penal clásico*, dado que las decisiones las toma un sistema no humano, lo que genera una *laguna de atribución* que obliga a repensar los fundamentos de la imputación jurídica¹¹. Aunque dicho análisis se sitúe en el plano del Derecho penal, sus conclusiones resultan plenamente trasladables al Derecho civil, en la medida en que la imputación de responsabilidad, en cualquiera de sus formas, presupone una base fáctica comprensible y atribuible a un sujeto.

La dificultad no radica únicamente en la ausencia de una voluntad imputable, sino en la naturaleza misma del proceso de toma de decisiones, que puede ser no lineal, no reproducible y, en ocasiones, evolutivamente divergente respecto de su diseño original. En otras palabras, el sistema no solo no actúa con voluntad, sino que tampoco actúa conforme a reglas fijas o previamente auditables. Ello complica la determinación del nexo causal entre la programación inicial, la actuación del sistema y el daño causado, lo que impacta directamente en la posibilidad de atribuir jurídicamente la responsabilidad a los sujetos tradicionalmente considerados responsables: el programador, el fabricante, el propietario o el usuario final.

En este contexto, es imprescindible avanzar hacia una conceptualización jurídica funcional de la IA, basada no en su estructura técnica interna, sino en su comportamiento exterior y en su capacidad para generar efectos jurídicamente relevantes. Es decir, lo que interesa al Derecho privado no es tanto cómo funciona internamente el sistema, sino el hecho de que actúa de forma autónoma y genera consecuencias que afectan a derechos subjetivos de terceros. Este enfoque funcional es, de hecho, el que inspira el *AI Act*, que define los sistemas de IA por su capacidad de generar *contenido, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en los entornos con los que interactúan*¹².

A partir de esta comprensión, puede sostenerse que los sistemas de IA avanzados constituyen agentes técnicos autónomos, en el sentido de que actúan en el tráfico jurídico sin supervisión directa y con capacidad de afectar bienes jurídicos ajenos. Esta cualidad, si bien no implica personalidad jurídica ni capacidad de obrar en el sentido clásico, exige que el ordenamiento jurídico establezca mecanismos de imputación que garanticen la reparación del daño, incluso cuando la conducta generadora no sea humana ni voluntaria.

2.2. Autonomía funcional y caja negra: impacto en la imputación civil

a. De la independencia operativa al resultado no predefinido

La autonomía funcional de los sistemas de IA debe entenderse en clave estrictamente técnico-operativa: hablamos de artefactos capaces de ejecutar tareas complejas y adoptar decisiones sin intervención humana en tiempo real, cuyo comportamiento emerge de procesos de aprendizaje (supervisado, no supervisado o por refuerzo) que ajustan internamente parámetros en función de datos y objetivos. De ahí derivan tres rasgos con consecuencias jurídicas directas:

¹⁰ ANGUITA RÍOS, «Inteligencia artificial y Derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, RCDI n° 781, 2020, pp. 2541–2581.

¹¹ GLESS/SILVERMAN/WEIGEND, «If Robots Cause Harm, Who is to Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability», *New Criminal Law Review*, 19(3), 2016, 412–436. <https://doi.org/10.1525/nclr.2016.19.3.412>

¹² Art. 3 Reglamento (UE) 2024/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de marzo de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

independencia operativa, capacidad de adaptación y resultado no completamente predeterminado por el programador. El sistema no sólo ejecuta instrucciones; decide y modifica el entorno físico o digital, desplazando al ser humano a un rol de supervisor o iniciador de procesos que evolucionan con lógica propia. Esta mutación funcional es la que empieza a tensionar las categorías clásicas de la responsabilidad civil¹³.

Resulta útil una concepción jurídica funcional de la IA: lo relevante no es la mecánica interna del modelo, sino que genera efectos jurídicamente relevantes (contenido, predicciones o decisiones que influyen en derechos e intereses de terceros). Esta línea es coherente con el *AI Act*, que define los sistemas de IA por su capacidad de influir en los entornos con los que interactúan, lo que permite articular la imputación atendiendo al comportamiento exterior y al riesgo que crea su despliegue¹⁴.

b. La opacidad («caja negra») como límite estructural de control y explicación

La llamada opacidad algorítmica constituye uno de los problemas más graves que plantea la inteligencia artificial. En los modelos de *deep learning* de gran escala, que manejan millones o incluso miles de millones de parámetros, el proceso de generación de resultados se desarrolla en un espacio que no es accesible ni comprensible siquiera para los propios desarrolladores. Ello significa que no existe un razonamiento lógico lineal al que pueda acudirse para explicar *ex post* por qué el sistema decidió de una u otra manera¹⁵. La consecuencia es que los mecanismos de auditoría interna y de *accountability* externa quedan seriamente limitados: no es posible reconstruir con precisión el “porqué” de la decisión, sino tan solo observar correlaciones de entrada y salida.

Este déficit afecta directamente a valores jurídicos centrales como la trazabilidad y la explicabilidad, reconocidos en el *AI Act* como principios rectores de los sistemas de alto riesgo. La falta de trazabilidad no sólo tiene un impacto probatorio en procesos judiciales, sino que plantea un problema dogmático: si no puede saberse cómo ni por qué se llegó a un resultado lesivo, se debilita la posibilidad de atribuir responsabilidad en términos de culpa individual. De ahí que la opacidad se haya convertido en un argumento recurrente a favor de modelos de responsabilidad objetiva por riesgo creado, en los que el eje de imputación se desplaza desde la conducta concreta hacia la actividad peligrosa en sí misma¹⁶.

La opacidad, además, se intensifica por la complejidad del ciclo de vida de la IA. El sistema no es obra de un único agente, sino el resultado de la contribución de múltiples intervinientes: empresas que generan los datos de entrenamiento, programadores que diseñan los algoritmos, compañías que integran el sistema en productos, operadores que lo despliegan en el mercado y usuarios que lo aplican en entornos concretos. Esta pluralidad de actores genera una causalidad fragmentada, difícil de reconstruir con los esquemas clásicos del Derecho civil. De ahí la utilidad de hablar de “responsabilidad distribuida” o de “causalidad en red”, categorías que reflejan mejor la realidad técnica y que permiten, en términos normativos, una asignación funcional de la responsabilidad en función de los roles desempeñados¹⁷.

¹³ GÓMEZ LIGÜERRE, «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», InDret, núm. 1, 2025, p. 6.

¹⁴ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativo a la inteligencia artificial (AI Act), DOUE L, 12 de julio de 2024.

¹⁵ Parlamento Europeo, Artificial Intelligence and Civil Liability, Estudio del Departamento de Política A, Bruselas, 2025, p. 18.

¹⁶ EIDENMÜLLER, «Liability for AI: distributed agency and civil responsibility», *European Review of Private Law*, vol. 31, 2023, p. 231.

¹⁷

c. *Efectos en los tres pilares del art. 1902 CC*

La conjunción de autonomía funcional y opacidad algorítmica repercute directamente en los tres elementos estructurales de la responsabilidad por culpa del art. 1902 CC.

- Conducta imputable. En los supuestos de IA avanzada, la acción dañosa no procede de un sujeto humano de manera directa, sino de un resultado emergente derivado de procesos de autoaprendizaje y ajuste interno del sistema. El programador establece condiciones iniciales y objetivos, pero no determina cada decisión concreta. El integrador diseña la interacción, y el usuario activa o supervisa, pero ninguno controla de forma plena la secuencia que desemboca en el daño. En este sentido, la imputación clásica a un individuo concreto se difumina y resulta difícil encontrar un “autor” en sentido civilista.
- Nexo causal. El modelo de causalidad lineal se ve sustituido por una causalidad en red, en la que intervienen múltiples factores: datos de entrenamiento, microdecisiones internas, interacciones con otros sistemas y condiciones ambientales externas. Esta pluralidad de elementos genera incertidumbre sobre la relación entre conducta y resultado, de modo que los estándares probatorios tradicionales se vuelven insuficientes para reconstruir el curso causal. No se trata de un problema accidental, sino de una característica estructural de la tecnología, lo que obliga a replantear las reglas de distribución de la carga de la prueba y a introducir presunciones o facilitaciones probatorias¹⁸.
- Culpa o negligencia. El juicio de culpa se basa en la previsibilidad y evitabilidad del daño conforme a la diligencia exigible. Sin embargo, si el sistema opera como caja negra, sus resultados pueden ser imprevisibles incluso para el experto diligente, lo que convierte el criterio de culpa en inoperante. No se trata de ausencia de diligencia humana, sino de una limitación técnica insuperable que desplaza el debate hacia el terreno del riesgo objetivo.

d. *Consecuencia dogmática: del sujeto a la estructura*

La erosión conjunta de autoría, causalidad y culpa conduce a un escenario en el que la imputación no puede seguir descansando exclusivamente en la conducta individual. Insistir en un modelo subjetivo significaría, en la práctica, dejar a las víctimas sin reparación en numerosos supuestos, precisamente porque el diseño tecnológico hace imposible identificar un agente humano que reúna los elementos de conducta, causalidad y negligencia en sentido estricto¹⁹.

Por ello, la doctrina reciente aboga por un desplazamiento del eje de la imputación desde la conducta individual hacia el riesgo estructural asociado al despliegue de sistemas de inteligencia artificial en el tráfico jurídico, sin que ello implique necesariamente la instauración de un régimen general de responsabilidad objetiva⁸. La imputación debe atender a la posición funcional de los distintos operadores respecto del riesgo creado, diferenciando entre los supuestos en los que el daño es expresión típica del funcionamiento autónomo del sistema y aquellos en los que

¹⁸ GÓMEZ LIGÜERRE, «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», *InDret*, n.º 1, 2025, p. 6.

¹⁹ Cfr. BOTELLO HERMOSA, «La responsabilidad civil extracontractual de los daños originados por robots a terceros: ¿Por qué no una ley española sobre el régimen jurídico de la tenencia y uso de robots?», en BELLO JANEIRO (coord.), *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Madrid, Reus, 2020, pp. 301–324.

resulta determinante el incumplimiento de deberes normativos de diligencia en su diseño, integración o uso.

2.3. El sesgo algorítmico como riesgo jurídico

El sesgo algorítmico constituye un riesgo estructural de los sistemas de inteligencia artificial y debe ser considerado, desde la óptica del Derecho civil, como un factor autónomo de imputación de daños²⁰. El sesgo puede manifestarse en las distintas fases del ciclo de vida de la IA: en la recolección y selección de datos, en el diseño de las arquitecturas de aprendizaje, en los procesos de entrenamiento, o incluso en la fase de despliegue, cuando los sistemas interactúan con entornos dinámicos que amplifican desigualdades ya existentes. A diferencia de la mera opacidad técnica, el sesgo comporta un riesgo de discriminación sistemática, en la medida en que reproduce o incluso incrementa prejuicios y estereotipos presentes en los datos de origen²¹

En términos jurídicos, el sesgo algorítmico presenta una doble vertiente. Por un lado, se trata de un riesgo previsible y prevenible: los desarrolladores y operadores conocen que los sistemas de aprendizaje automático son especialmente sensibles a los datos de entrenamiento y a los criterios de parametrización. Por otro lado, el sesgo genera daños estructurales, en tanto afecta de manera desigual a colectivos concretos, personas mayores, mujeres, minorías étnicas, y produce resultados que no se distribuyen al azar, sino siguiendo patrones de exclusión o marginación²². Esta característica lo convierte en un riesgo con relevancia jurídica propia, porque no sólo ocasiona daños individuales, sino que puede comprometer principios generales del ordenamiento, como la igualdad de trato y la no discriminación, con reflejo en el art. 14 CE y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

El sesgo, en consecuencia, no puede abordarse únicamente como un problema técnico o de gobernanza algorítmica; debe integrarse en la dogmática civil como factor de atribución de responsabilidad. Ello significa que, cuando un daño proviene de un sistema de IA sesgado, la imputación no debería descansar en la prueba de una conducta negligente específica, sino en el reconocimiento de que el sesgo es un riesgo inherente a este tipo de sistemas. La jurisprudencia española ya ha avanzado en esta línea al utilizar la categoría del riesgo creado para desplazar la necesidad de acreditar culpa en ámbitos como la circulación de vehículos o la tenencia de animales (arts. 1905 y 1906 CC). La misma lógica puede trasladarse al sesgo algorítmico: quien diseña, comercializa o explota sistemas susceptibles de generar decisiones sesgadas debe responder objetivamente por los daños que ocasionen.²³..

A esta conclusión apunta también la regulación europea más reciente. El *AI Act* exige, para los sistemas de alto riesgo, la adopción de medidas específicas de calidad de los datos, representatividad de las muestras y verificación continua de resultados, precisamente para mitigar la propagación de sesgos²⁴. La infracción de estos deberes, además de una sanción administrativa, debe operar como un criterio de imputación civil, puesto que el incumplimiento de normas técnicas de seguridad refuerza la presunción de responsabilidad objetiva. De forma complementaria, el Parlamento Europeo ha señalado que los mecanismos de inversión de la carga de la prueba pueden ser adecuados en materia de sesgo algorítmico, dado que las víctimas

²⁰ Barocas/Selbst, «Big Data's Disparate Impact», *California Law Review* 104(3), 2016, pp. 671–732

²¹ IZQUIERDO GRAU, «Software y algoritmos defectuosos: algunas consideraciones sobre la responsabilidad del desarrollador de software o de sistemas de inteligencia artificial», *Revista de Internet, Derecho y Política, IDP* 38, 2023, pp. 1-12.

²² WACHTER/MITTELSTADT/RUSSELL, «Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI», Oxford University, Oxford Internet Institute, 2020.

²³ BAROCAS/SELBST, *California Law Review* 104(3), 2016, pp. 671–732.

²⁴ Reglamento (UE) 2024/1689 (*AI Act*), en especial arts. 10 y 15.

difícilmente podrán demostrar qué datos o qué parámetros causaron el daño, mientras que los operadores están en mejor posición para hacerlo²⁵.

El sesgo algorítmico refuerza la necesidad de evolucionar desde un modelo de culpa subjetiva a un modelo de responsabilidad objetiva, no sólo porque es difícil de prever y probar por parte de las víctimas, sino porque representa un riesgo estructural y sistémico asociado a la propia lógica de la inteligencia artificial. Este riesgo debe ser internalizado por quienes introducen y utilizan los sistemas en el tráfico jurídico, garantizando que las cargas del daño no recaigan en quienes menos capacidad tienen para prevenirlo o asegurarlo²⁶.

3. Del modelo subjetivo del art. 1902 a la responsabilidad objetiva por riesgo creado

3.1 Modelo clásico de culpa del art. 1902 CC: alcance dogmático y límites estructurales ante la inteligencia artificial

El artículo 1902 del Código Civil constituye el eje dogmático de la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil, articulando un modelo de imputación subjetiva basado en la concurrencia de una conducta humana antijurídica, un daño y una relación de causalidad, todo ello valorado a la luz de un juicio de culpa o negligencia. Este esquema presupone la posibilidad de identificar un sujeto que actúa con dominio suficiente sobre el curso causal y cuya conducta puede ser evaluada conforme a parámetros de previsibilidad y evitabilidad *ex ante*²⁷.

En la dogmática clásica del art. 1902 CC, la culpa se construye como un juicio de reproche por infracción del deber de diligencia, cuya verificación descansa en la previsibilidad y evitabilidad del daño conforme al estándar de conducta exigible. En este marco, el juicio de culpa presupone que el resultado lesivo era objetivamente “anticipable” para un agente diligente en la situación del responsable y que existía una posibilidad real de evitarlo mediante una conducta alternativa conforme a cuidado. Esta manera de razonar, centrada en la reconstrucción *ex post* del deber de diligencia a partir de la previsibilidad del daño, es la que aquí se denomina, por simplificación terminológica, culpa subjetiva clásica (a veces descrita como culpa “psicológica” en cuanto atiende a la representación o previsibilidad del resultado), y explica por qué los supuestos de opacidad y autonomía decisional propios de ciertos sistemas de IA dificultan su aplicación sin ajustes probatorios y normativos²⁸.

Conviene precisar, a este respecto, que la referencia a un modelo subjetivo de responsabilidad no equivale necesariamente a una concepción psicológica de la culpa. En ámbitos clásicos del Derecho civil, como la responsabilidad profesional médica, la imputación se articula también sobre un esquema subjetivo, pero basado en la infracción de estándares objetivos de diligencia, la denominada *lex artis ad hoc*, y no en un reproche volitivo o intencional. Este modelo presupone siempre la existencia de un sujeto humano capaz de comprender, controlar y explicar el proceso

²⁵ CITRON/PASQUALE, «The Scored Society: Due Process for Automated Predictions». *Washington Law Review*, 2014, 89, 1–33.

²⁶ BOTELLO HERMOSA, *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Madrid, Reus, 2020, pp. 301–324.

²⁷ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, Civitas, 2017, pp. 437 ss.

²⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, Civitas, 2017, pp. 703 y ss.

decisorio, presupuesto que resulta problemático cuando el daño deriva del funcionamiento autónomo y opaco de sistemas de inteligencia artificial.

La eficacia histórica de este modelo descansa en la normalidad de tales presupuestos en contextos de actuación humana directa y controlable. Sin embargo, cuando el daño se produce como consecuencia del funcionamiento de sistemas de inteligencia artificial dotados de autonomía funcional y capacidad de aprendizaje, dichas premisas se ven progresivamente erosionadas. En primer lugar, porque el resultado lesivo puede no ser reconducible a una acción u omisión humana individualizable, sino a una secuencia de decisiones emergentes generadas por el propio sistema a partir de procesos estadísticos complejos. En segundo lugar, porque la reconstrucción del nexo causal se ve seriamente dificultada por la opacidad algorítmica y la complejidad técnica, que impiden explicar de manera lineal y transparente el itinerario causal del daño. Finalmente, porque el juicio de culpa pierde operatividad cuando el resultado no era razonablemente previsible ni evitable, incluso actuando conforme a la diligencia objetivamente exigible a los operadores técnicos y económicos involucrados²⁹.

Estas dificultades no obedecen a déficits ocasionales de supervisión o a fallos puntuales de diseño, sino que responden a rasgos estructurales de determinados sistemas de IA avanzados. En este contexto, la aplicación estricta del art. 1902 CC corre el riesgo de generar espacios de irresponsabilidad civil, trasladando a la víctima las consecuencias de una imposibilidad probatoria que no le es imputable³⁰. La doctrina civilista ha advertido que insistir en un modelo exclusivamente subjetivo en estos supuestos puede comprometer la función resarcitoria y preventiva del Derecho de daños, especialmente cuando el riesgo tecnológico es inherente y no plenamente dominable³¹.

3.2. La responsabilidad objetiva por riesgo creado como respuesta dogmáticamente adecuada

Frente a las limitaciones del modelo de culpa, el Derecho civil dispone de una categoría consolidada para afrontar supuestos en los que el daño se produce sin intervención culpable individualizable: la responsabilidad objetiva por riesgo creado. Este régimen se fundamenta en la idea de que quien introduce en el tráfico jurídico una actividad o un bien generador de un riesgo especial debe asumir las consecuencias dañosas derivadas de su materialización, con independencia de la existencia de culpa³².

Desde una perspectiva dogmática, no se trata de una “culpa presunta” ni de una responsabilidad sancionadora, sino de un criterio de imputación funcional orientado a la distribución social del riesgo. La imputación se justifica porque el sujeto responsable se encuentra en mejor posición para prevenir el daño, internalizar sus costes o trasladarlos mediante mecanismos de aseguramiento³³. Esta lógica ha sido tradicionalmente aplicada en ámbitos como la circulación

²⁹ GLESS/SILVERMAN/WEIGEND, «If robots cause harm, who is to blame?», *New Criminal Law Review*, 19(3), 2016, pp. 412 ss.

³⁰ MARTÍN-CASALS, «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret*, 3/2023, pp. 55 ss.

³¹ ROCA TRÍAS, «El riesgo como criterio de imputación del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *InDret*, 4/2009.

³² ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de obligaciones. Parte general*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 585 ss.

³³ ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 1085 ss.

de vehículos, la tenencia de animales o el ejercicio de actividades peligrosas, sin que ello haya supuesto una ruptura con los principios generales del Derecho de daños³⁴.

Aplicada a los sistemas de inteligencia artificial, la responsabilidad objetiva por riesgo creado se revela especialmente idónea cuando el daño deriva del funcionamiento ordinario de sistemas autónomos, opacos y técnicamente complejos. En estos casos, la imputación no puede descansar en un reproche de conducta individual, sino en la creación y gestión de un riesgo tecnológicamente mediado que se proyecta sobre terceros³⁵. La objetivación de la responsabilidad permite, además, corregir las profundas asimetrías informativas existentes entre la víctima y los operadores tecnológicos, evitando que la complejidad técnica se traduzca en una denegación de tutela resarcitoria³⁶.

Ello no implica, sin embargo, la instauración de una responsabilidad ilimitada. Como es propio de estos regímenes, deben admitirse causas de exoneración estrictamente objetivas, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o uso manifiestamente anómalo del sistema, y modularse la imputación atendiendo a la posición funcional del responsable en el ciclo de vida del sistema de IA³⁷.

Ahora bien, la idoneidad dogmática de la responsabilidad objetiva por riesgo creado no autoriza a generalizar su aplicación a todo daño causado por sistemas de inteligencia artificial. Su operatividad debe limitarse a aquellos supuestos en los que el daño constituya una manifestación típica del riesgo estructural inherente al funcionamiento autónomo del sistema, y no a aquellos en los que la imputación pueda articularse de manera más precisa a través del incumplimiento de deberes normativos de diligencia en el diseño, despliegue o uso del sistema.

3.3. Aplicación funcional del art. 1905 CC a los sistemas de inteligencia artificial autónoma

Dentro del Derecho civil vigente, el precepto que ofrece una analogía funcional particularmente expresiva, aunque no exclusiva ni generalizable, para determinados supuestos de daño causado por sistemas de inteligencia artificial autónoma es el artículo 1905 del Código Civil, relativo a los daños causados por animales³⁸.

El art. 1905 CC desplaza el eje de la responsabilidad desde la culpa hacia el riesgo derivado de la tenencia o utilización de un ente dotado de una dinámica propia. La doctrina ha subrayado que el fundamento del precepto no es la peligrosidad intrínseca del animal, sino la imposibilidad de someter completamente su comportamiento al control humano, lo que justifica que el coste del daño no recaiga sobre la víctima³⁹. Esta lógica resulta trasladable, en términos funcionales, a determinados sistemas de inteligencia artificial que operan con autonomía decisional, aprenden de su interacción con el entorno y generan efectos jurídicamente relevantes sin supervisión humana constante⁴⁰.

³⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 73 ss.

³⁵ EBERS, «Liability for Artificial Intelligence and EU Consumer Law», *JIPITEC*, 12(2), 2021, pp. 204 ss.

³⁶ WAGNER, «Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect», *Journal of European Tort Law*, 13(3), 2022, pp. 191 ss.

³⁷ PEÑA LÓPEZ, «Responsabilidad objetiva y subjetiva en las propuestas legislativas europeas sobre responsabilidad civil aplicables a la inteligencia artificial», en ÁLVAREZ LATA, (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Pamplona, Aranzadi, 2024, pp. 411 ss.

³⁸ CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. II, Madrid, Reus, 1997, pp. 561 ss.

³⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas*, op. cit., pp. 101 ss.

⁴⁰ PAGALLO, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*, Dordrecht, Springer, 2013, pp. 143 ss.

Desde esta perspectiva, el sujeto responsable no es el sistema de IA, al que no puede atribuirse personalidad jurídica, sino el operador funcional, entendido como la persona física o jurídica que decide el despliegue del sistema, obtiene un beneficio económico o funcional de su utilización y se encuentra en posición estructural para adoptar medidas de prevención, control o aseguramiento⁴¹. La responsabilidad se anuda así a una posición de garantía del riesgo, y no a la autoría técnica del código ni a la intervención puntual en la producción del resultado dañoso.

La aplicación funcional del art. 1905 CC permitiría configurar un régimen de responsabilidad objetiva en el que la víctima únicamente deba acreditar el daño y su vinculación con el funcionamiento ordinario del sistema de IA, correspondiendo al demandado la prueba de una causa de exoneración objetiva. Este esquema resulta especialmente adecuado en contextos de opacidad algorítmica, donde la exigencia de probar el itinerario causal interno del sistema se revela irrazonable y desproporcionada⁴². Además, permite articular una imputación coherente en escenarios de causalidad distribuida, característicos de los ecosistemas algorítmicos contemporáneos, en los que intervienen múltiples actores a lo largo del ciclo de vida del sistema⁴³.

Conviene subrayar que esta solución no entra en contradicción con el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, sino que lo complementa. Mientras este último se centra en la existencia de un defecto del producto en el momento de su puesta en circulación, la imputación por riesgo permite cubrir daños derivados del comportamiento autónomo del sistema durante su fase de operación, aprendizaje o interacción con entornos dinámicos, incluso cuando no es posible identificar un defecto técnico en sentido estricto⁴⁴. En este sentido, la analogía con el art. 1905 CC ofrece una herramienta dogmáticamente sólida para colmar las lagunas que deja el modelo de responsabilidad por productos defectuosos en el ámbito de la inteligencia artificial.

La extensión funcional del art. 1905 CC a los sistemas de inteligencia artificial autónoma no supone una ruptura con el Derecho civil clásico, sino una evolución coherente de sus categorías para afrontar riesgos tecnológicos estructurales. La responsabilidad objetiva por riesgo creado se configura, así como un instrumento idóneo para garantizar la reparación del daño algorítmico, preservando al mismo tiempo los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad e internalización del riesgo que informan el Derecho de daños.

La analogía con el artículo 1905 CC no pretende erigirse en un modelo general de responsabilidad por inteligencia artificial, sino ofrecer un criterio funcional de imputación objetiva aplicable a aquellos supuestos en los que el daño se presenta como manifestación típica del riesgo inherente a la autonomía operativa del sistema y a su integración estable en el tráfico jurídico.

4. Sujetos potencialmente responsables por daños causados por sistemas de inteligencia artificial

4.1. Planteamiento general: imputación funcional y pluralidad de operadores en el ecosistema algorítmico

⁴¹ MARTÍN-CASALS, *Las propuestas de la Unión Europea...*, op. cit., pp. 68 ss.

⁴² GÓMEZ LIGÜERRE, «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», *InDret*, 1/2025, pp. 6 ss.

⁴³ HILDEBRANDT, *Law for Computer Scientists and Other Folk*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 173 ss.

⁴⁴ IZQUIERDO GRAU, «Software y algoritmos defectuosos: responsabilidad civil y prueba», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, n.º 38, 2023.

La determinación de los sujetos responsables por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial constituye uno de los aspectos más complejos del actual debate sobre la adaptación del Derecho de daños a los riesgos tecnológicos emergentes. A diferencia de los supuestos tradicionales de causación del daño, en los que la conducta puede reconducirse a un sujeto individualizado, los sistemas de IA operan habitualmente en ecosistemas técnicos y organizativos complejos, en los que intervienen múltiples actores a lo largo de su ciclo de vida: diseñadores, desarrolladores, fabricantes, integradores, distribuidores, operadores y usuarios finales⁴⁵.

Esta pluralidad de intervinientes, unida a la autonomía funcional y a la opacidad algorítmica, impide una imputación basada exclusivamente en criterios de autoría material o de culpa subjetiva. Por ello, la doctrina más reciente ha defendido la necesidad de adoptar un criterio de imputación funcional, que atienda a la posición estructural de cada sujeto respecto del riesgo algorítmico, a su capacidad de control *ex ante* o intervención *ex post*, y al eventual beneficio económico derivado del uso del sistema⁴⁶.

Desde esta perspectiva, la responsabilidad civil no se configura como un reproche moral, sino como un mecanismo de asignación racional del riesgo, orientado a garantizar la reparación del daño y a incentivar comportamientos preventivos a lo largo de toda la cadena de valor de la inteligencia artificial⁴⁷. Este planteamiento resulta coherente tanto con la tradición civilista de la responsabilidad por riesgo como con las orientaciones más recientes del Derecho europeo en materia de tecnologías digitales⁴⁸.

4.2. El fabricante y el proveedor del sistema: responsabilidad por defecto, aprendizaje y sesgo estructural

El fabricante y el proveedor del sistema de inteligencia artificial constituyen el primer eje de imputación en la depuración de responsabilidades civiles por daños algorítmicos, en la medida en que concentran el control decisivo sobre las fases iniciales del ciclo de vida del sistema: concepción, diseño técnico, selección de datos de entrenamiento, validación, documentación y puesta en circulación. Esta posición estructural justifica que el Derecho europeo los sitúe en el centro del régimen de responsabilidad, tanto desde la lógica del producto defectuoso como desde la imputación objetiva del riesgo tecnológico.

La Directiva (UE) 2024/2853, que sustituye a la Directiva 85/374/CEE, introduce un cambio cualitativo al declarar expresamente que el software y los sistemas de inteligencia artificial son “productos”, sometidos a un régimen de responsabilidad sin culpa cuando resulten defectuosos⁴⁹. Esta ampliación conceptual resulta especialmente relevante para la inteligencia artificial, al permitir encuadrar estos supuestos dentro del régimen de responsabilidad por productos defectuosos cuando el daño sea imputable a una falta de seguridad del sistema considerado como producto, que puede derivar no sólo de fallos técnicos clásicos, sino también de disfunciones asociadas al diseño algorítmico, a la gobernanza de los datos o a la arquitectura del sistema⁵⁰.

⁴⁵ MARTÍN-CASALS, «Las propuestas de la Unión Europea...», *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55 ss.

⁴⁶ WAGNER, *Journal of European Tort Law*, 13(3), 2022, pp. 191 ss.

⁴⁷ ROCA TRÍAS, *InDret*, núm. 4, 2009.

⁴⁸ NÚÑEZ ZORRILLA, *Inteligencia artificial, daño y responsabilidad civil*, Madrid, Marcial Pons, 2023, pp. 97 ss.

⁴⁹ Directiva (UE) 2024/2853, considerandos 2 y 13.

⁵⁰ GÓMEZ LIGÜERRE/GARCÍA-MICÓ, «Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies», *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 501-511.

El concepto de defecto, en el contexto de la inteligencia artificial, no puede entenderse de forma estática ni limitada al momento de la puesta en circulación. Junto a los defectos originarios, la Directiva reconoce expresamente la responsabilidad por defectos sobrevenidos, cuando el comportamiento lesivo del sistema derive de:

- a) actualizaciones de software o modificaciones algorítmicas bajo el control del fabricante;
- b) procesos de aprendizaje automático que sigan dependiendo de parámetros o decisiones controladas por este;
- c) o la falta de actualizaciones razonables de ciberseguridad y mantenimiento del sistema⁵¹.

Estas previsiones resultan particularmente significativas en el caso de sistemas de *machine learning*, cuyo comportamiento puede evolucionar con el tiempo y generar riesgos no presentes en el momento inicial de comercialización⁵².

Asimismo, la Directiva introduce presunciones de defecto y de nexo causal cuando la complejidad técnica del producto, como ocurre en sistemas de IA opacos, impide al perjudicado acreditar el funcionamiento interno del sistema o explicar sus *inner workings*. Esta técnica probatoria responde directamente a la asimetría informativa estructural entre víctima y fabricante, y supone un desplazamiento claro hacia una imputación objetiva reforzada⁵³.

En este marco, el sesgo algorítmico debe ser considerado un elemento central de la responsabilidad del fabricante y proveedor. La literatura especializada ha demostrado que los sesgos no son meras anomalías accidentales, sino riesgos estructurales asociados al uso de datos históricos y a determinadas decisiones de diseño algorítmico⁵⁴. Cuando un sistema genera de forma sistemática resultados discriminatorios o desiguales, puede afirmarse que no ofrece el nivel de seguridad y fiabilidad que legítimamente cabe esperar, lo que permite calificarlo como defectuoso a efectos de la Directiva, con independencia de la ausencia de intención discriminatoria⁵⁵.

No obstante, como ha subrayado parte de la doctrina, el régimen de productos defectuosos no agota la problemática de la responsabilidad civil por inteligencia artificial⁵⁶. Existen supuestos en los que el daño no puede reconducirse a un defecto identificable en sentido estricto, sino que constituye una manifestación típica del funcionamiento ordinario de un sistema autónomo y opaco, aun correctamente diseñado y actualizado. En tales casos, limitar la imputación al concepto de defecto conduciría a zonas de irresponsabilidad incompatibles con la función protectora del Derecho de daños.

Por ello, resulta necesario complementar el régimen de responsabilidad por productos defectuosos con una responsabilidad objetiva por riesgo algorítmico estructural, anudada al hecho de haber introducido en el mercado una tecnología que genera riesgos no plenamente dominables. Esta responsabilidad no se funda en la culpa ni en el defecto del producto, sino en la internalización del riesgo por quien controla el diseño ex ante, se beneficia económicamente

⁵¹ Directiva (UE) 2024/2853, considerandos 46-51.

⁵² EBERS, «Liability for Artificial Intelligence and EU Consumer Law», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law (JIPITEC)*, vol. 12, núm. 2, pp. 204-220, 2021.

⁵³ DE FRANCESCHI, «Product Liability and Artificial Intelligence: A European Perspective», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, n.º 1, pp. 10-18, 2022.

⁵⁴ BAROCAS / SELBST, «Big Data's Disparate Impact», *California Law Review*, vol. 104, núm. 3, 2016, pp. 671-732.

⁵⁵ WACHTER / MITTELSTADT / RUSSELL, «Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI», *Computer Law & Security Review*, núm. 40, 2021, pp. 1-13.

⁵⁶ MARTÍN-CASALS, *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55-100.

del sistema y se encuentra en mejor posición para prevenir, mitigar o asegurar los daños derivados de su uso.⁵⁷

Los estándares objetivos de diligencia previstos en el *AI Act* para los sistemas de alto riesgo, gestión de riesgos, calidad y gobernanza de datos, documentación técnica, trazabilidad y supervisión humana, desempeñan aquí una función moduladora, pero no excluyente. Su incumplimiento refuerza la imputación civil; su cumplimiento no elimina necesariamente la responsabilidad cuando el daño se corresponde con el riesgo típico del sistema⁵⁸. De este modo, se evita una identificación automática entre cumplimiento normativo y ausencia de responsabilidad, preservando la coherencia del sistema con los principios clásicos del Derecho de daños.

La responsabilidad del fabricante y del proveedor del sistema de inteligencia artificial se articula hoy sobre una doble base complementaria:

- a) responsabilidad objetiva por producto defectuoso, ampliada y adaptada a la lógica algorítmica;
- b) responsabilidad objetiva por riesgo estructural, necesaria para cubrir los daños derivados del funcionamiento autónomo de sistemas opacos y adaptativos.

Esta configuración permite responder de manera equilibrada a los desafíos planteados por la inteligencia artificial, evitando tanto la impunidad tecnológica como una expansión desproporcionada de la responsabilidad, y alineándose con las orientaciones más recientes del Derecho europeo y de la doctrina civilista.

4.3. El programador o diseñador del algoritmo: defectos de diseño, sesgo algorítmico y estándares de diligencia técnica

El programador o diseñador del algoritmo ocupa una posición singular en la cadena de valor de los sistemas de inteligencia artificial, en tanto responsable de la configuración estructural inicial del sistema: arquitectura del modelo, selección de técnicas de aprendizaje, definición de variables relevantes, parametrización de objetivos y, de forma especialmente significativa, diseño y curaduría de los datos de entrenamiento. Esta intervención inicial condiciona decisivamente el comportamiento posterior del sistema, aun cuando este evolucione de manera autónoma tras su despliegue.

Ahora bien, la creciente autonomía funcional de los sistemas de *machine learning* y *deep learning* impide reconducir sin más la responsabilidad del diseñador a un esquema clásico de culpa subjetiva. Como ha subrayado la doctrina, una vez iniciado el proceso de aprendizaje, el programador no controla ni puede anticipar plenamente las decisiones concretas que el sistema adopta en contextos reales de uso, lo que dificulta la imputación basada en previsibilidad y evitabilidad del daño⁵⁹. En este sentido, exigir la prueba de una negligencia individualizada del diseñador conduciría, en muchos casos, a una irresponsabilidad *de facto* incompatible con la función resarcitoria del Derecho de daños.

La imputación al programador debe articularse, por tanto, desde una perspectiva objetivada y normativa, centrada en la existencia de defectos relevantes de diseño o en la infracción de estándares técnicos exigibles en la fase de concepción del sistema. Entre tales defectos pueden incluirse, de manera no exhaustiva:

⁵⁷ WAGNER, *Journal of European Tort Law*, vol. 13, núm. 3, 2022, pp. 191-205.

⁵⁸ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, arts. 9, 10 y 26.

⁵⁹ PAGALLO, *The Laws of Robots. Crimes, Contracts, and Torts*, Springer, 2013, pp. 143 ss

- a) la adopción de arquitecturas algorítmicas opacas sin justificación funcional adecuada;
- b) la omisión de mecanismos mínimos de validación, testeo y evaluación *ex ante*;
- c) la utilización de conjuntos de datos de entrenamiento manifiestamente no representativos o estructuralmente sesgados;
- d) la ausencia de salvaguardas destinadas a detectar y corregir desviaciones relevantes en el comportamiento del sistema⁶⁰.

En este marco, el sesgo algorítmico adquiere una relevancia central como criterio de imputación de responsabilidad al diseñador. Se ha puesto de relieve que los sesgos no constituyen anomalías excepcionales, sino riesgos inherentes a los sistemas de aprendizaje automático, especialmente cuando se entrenan con datos históricos que reproducen desigualdades sociales preexistentes⁶¹. Desde el punto de vista jurídico, ello permite afirmar que el sesgo es un riesgo previsible y prevenible en la fase de diseño, y que su materialización puede fundamentar la responsabilidad civil del programador aun en ausencia de intención discriminatoria⁶².

Esta concepción resulta coherente con la evolución del Derecho europeo. El *IA Act* impone, para los sistemas de alto riesgo, obligaciones específicas relativas a la calidad, gobernanza y representatividad de los datos, así como a la documentación técnica del modelo. Tales exigencias contribuyen a perfilar una auténtica *lex artis algorítmica*, cuyo incumplimiento permite imputar responsabilidad civil sin necesidad de reconstruir el itinerario causal interno del algoritmo⁶³. En otras palabras, la infracción de estándares normativos de diseño y entrenamiento opera como criterio objetivo de imputación, desplazando el centro del análisis desde la conducta subjetiva hacia la estructura técnica del sistema.

Debe añadirse que, en muchos contextos, el programador actúa integrado en organizaciones empresariales complejas, en las que las decisiones de diseño responden a estrategias corporativas y no a iniciativas individuales. En estos casos, la imputación no debe recaer sobre la persona física que programa, sino sobre la persona jurídica que dirige, financia y controla el proceso de diseño, conforme a un criterio de imputación funcional del riesgo⁶⁴. Esta solución se alinea tanto con la Directiva (UE) 2024/2853, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que atribuye la responsabilidad al operador económico relevante, como con la doctrina que defiende una responsabilidad estructural de las organizaciones tecnológicas por los riesgos que generan⁶⁵.

La responsabilidad del programador o diseñador del algoritmo no se configura como una responsabilidad residual ni excepcional, sino como un elemento esencial del sistema de imputación del daño algorítmico. Su fundamento no reside en la culpa subjetiva, sino en la infracción de estándares técnicos y organizativos exigibles en la fase de diseño, cuando dicha infracción contribuye de manera relevante a la generación de sesgos, decisiones sistemáticamente erróneas o resultados jurídicamente lesivos. Este enfoque permite integrar de forma coherente el papel del diseñador en un modelo de imputación estructural del riesgo, compatible con los principios del Derecho civil y adecuado a la complejidad de los sistemas de inteligencia artificial.

⁶⁰ ANGUITA RÍOS, «Inteligencia artificial y Derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 781, 2020, pp. 2541–2581.

⁶¹ BAROCAS / SELBST, «Big Data's Disparate Impact», *California Law Review*, vol. 104, núm. 3, 2016, pp. 671 ss.

⁶² WACHTER / MITTELSTADT / RUSSELL, «Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI», *Computer Law & Security Review*, núm. 40, 2021, pp. 1 ss.

⁶³ MARTÍN-CASALS, *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 70–78.

⁶⁴ HILDEBRANDT, *Law for Computer Scientists and Other Folk*, Oxford University Press, 2019, pp. 247–250.

⁶⁵ EBERS, *JIPITEC*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 204–220.

4.4. El usuario profesional y el usuario no profesional

La posición del usuario en el sistema de imputación de responsabilidad por daños causados por sistemas de inteligencia artificial exige una diferenciación precisa entre el usuario profesional y el usuario no profesional, atendiendo al grado de control efectivo sobre el sistema, a su capacidad de comprensión técnica y a la función que desempeña en el despliegue del riesgo algorítmico. Esta distinción resulta imprescindible para preservar el principio de proporcionalidad propio del Derecho de daños y evitar una extensión indebida de la responsabilidad hacia sujetos que no se encuentran en condiciones de gestionar ni prevenir el riesgo tecnológico⁶⁶.

a) El usuario profesional como sujeto funcional del riesgo

El usuario profesional, la persona física o jurídica que emplea un sistema de inteligencia artificial en el marco de una actividad económica, organizativa o institucional, ocupa una posición cualitativamente distinta de la del consumidor final. Su intervención no se limita a un uso meramente instrumental, sino que forma parte del proceso de despliegue operativo del sistema, en la medida en que decide su incorporación a un entorno concreto, condiciona su funcionamiento práctico y obtiene un beneficio funcional o económico de sus resultados⁶⁷.

Esta posición ha sido reconocida expresamente por el *IA Act*, que introduce la figura del *deployer*⁶⁸ como sujeto obligado cuando utiliza sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo bajo su control, incluso sin haber intervenido en su diseño o desarrollo. El artículo 26 del *AI Act* impone al usuario profesional deberes específicos de uso conforme a las instrucciones del proveedor, adopción de medidas técnicas y organizativas adecuadas, supervisión humana significativa y conservación de registros de funcionamiento cuando resulte exigible. Estas obligaciones no configuran un régimen autónomo de responsabilidad civil, pero sí delimitan un estándar objetivo de diligencia técnica relevante a efectos de imputación.

Desde la perspectiva del Derecho civil, el incumplimiento de estos deberes permite fundamentar la responsabilidad del usuario profesional cuando el daño sea consecuencia de una deficiente integración del sistema, de una supervisión insuficiente o de su utilización en un contexto manifiestamente incompatible con la finalidad prevista. La imputación no se articula aquí sobre un juicio clásico de culpa subjetiva, sino sobre la asunción funcional del riesgo derivado del uso profesional de una tecnología potencialmente lesiva, conforme a criterios de control, previsibilidad estructural y beneficio económico⁶⁹.

Este planteamiento encuentra respaldo en la evolución del Derecho europeo de la responsabilidad y en la doctrina civilista que identifica como sujetos responsables a quienes ocupan posiciones organizativas clave en la cadena de despliegue del riesgo tecnológico, con independencia de su intervención directa en la génesis técnica del sistema. En este sentido, la responsabilidad del usuario profesional opera como un mecanismo de cierre del sistema de imputación, evitando vacíos cuando el daño no puede reconducirse exclusivamente al diseño o a la fabricación⁷⁰.

⁶⁶ ANGUIA RÍOS, «Inteligencia artificial y Derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 781, 2020, pp. 2541 ss.

⁶⁷ EBERS, *JIPITEC*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 204–220.

⁶⁸ Es la persona física o jurídica que pone en servicio o utiliza un sistema de inteligencia artificial bajo su control, normalmente en el marco de una actividad profesional u organizativa, es decir el usuario profesional o usuario profesional.

⁶⁹ MARTÍN-CASALS, *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 72 ss.

⁷⁰ GÓMEZ LIGÜERRE/GARCÍA-MICÓ, *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 505 ss.

Ahora bien, esta responsabilidad no puede configurarse como automática. Debe exigirse una conexión funcional suficiente entre la esfera de control del usuario profesional y el daño producido, de modo que solo responda cuando el resultado lesivo sea atribuible a decisiones organizativas, a fallos de supervisión o a desviaciones relevantes respecto de las condiciones de uso previstas. De lo contrario, se produciría un desplazamiento injustificado del riesgo desde el fabricante o el integrador hacia el usuario, contrario a la lógica de internalización racional del riesgo tecnológico⁷¹.

b) El usuario no profesional y los límites de la imputación civil

Distinta es la posición del usuario no profesional, que utiliza sistemas de inteligencia artificial en un ámbito estrictamente privado o doméstico, sin conocimientos técnicos especializados ni capacidad real de intervención sobre el funcionamiento interno del sistema. En estos supuestos, la imputación de responsabilidad debe abordarse con especial cautela, a fin de no trasladar al usuario final riesgos que no está en condiciones de comprender ni de gestionar⁷².

El usuario no profesional carece, por regla general, de control sobre el diseño, el entrenamiento, las actualizaciones o los mecanismos decisionales del sistema, y su margen de actuación se limita a un uso conforme a las instrucciones proporcionadas por el proveedor. Por ello, solo cabe atribuirle responsabilidad cuando el daño sea consecuencia de un uso manifiestamente anómalo, contrario a advertencias claras, comprensibles y accesibles, o de una conducta gravemente imprudente que rompa el nexo causal con el riesgo propio del sistema⁷³.

Esta delimitación resulta coherente con la Directiva (UE) 2024/2853, que concentra la responsabilidad por productos defectuosos en el fabricante y en otros operadores económicos, y no en el consumidor final, así como con el propio *AI Act*, que no impone obligaciones específicas al usuario no profesional. En consecuencia, el usuario doméstico no puede ser considerado, en términos generales, un sujeto funcional del riesgo algorítmico, ni equipararse al usuario profesional en cuanto a la asunción de deberes de control o supervisión⁷⁴.

c) Delimitación frente al propietario o poseedor del sistema

Conviene subrayar, finalmente, que la condición de usuario no coincide necesariamente con la de propietario o poseedor del sistema, cuestión que se aborda de forma diferenciada en el epígrafe siguiente. Mientras el usuario se define por el acto de utilización, el propietario o poseedor mantiene una relación más estable con el sistema o con el bien que lo integra, lo que puede justificar, en determinados contextos, una imputación objetiva basada en el riesgo inherente a la tenencia. Confundir ambas figuras conduciría a una extensión indebida de la responsabilidad del usuario ocasional, incompatible con los principios estructurales del Derecho de daños⁷⁵.

4.5. El propietario o poseedor del bien integrado con IA

La figura del propietario o poseedor del sistema de inteligencia artificial plantea un problema específico de imputación que no puede resolverse ni mediante una traslación automática del

⁷¹ WAGNER, *Journal of European Tort Law*, vol. 13, n.º 3, 2022, pp. 191 ss.

⁷² HILDEBRANDT, *Law for Computer Scientists and Other Folk*, Oxford University Press, 2019, pp. 247 ss.

⁷³ STS 152/2013, de 25 de noviembre (RJ 2013/8066).

⁷⁴ Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, considerandos 2 y 13.

⁷⁵ DI GREGORIO, «Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?», *Danno e Responsabilità*, fasc. 1, 2022, pp. 59 ss.

régimen del usuario profesional ni mediante una aplicación mecánica de las reglas sobre productos defectuosos. Su relevancia dogmática reside en que se sitúa en una posición intermedia: no diseña ni necesariamente utiliza el sistema, pero lo incorpora de forma estable al tráfico jurídico, asumiendo con ello un riesgo autónomo que puede materializarse con independencia de su intervención directa⁷⁶.

Desde la perspectiva del Derecho de daños, esta posición justifica un análisis propio, fundado no en la culpa subjetiva ni en el incumplimiento de deberes técnicos específicos, sino en la asunción objetiva del riesgo derivado de la tenencia o disponibilidad del sistema, cuando este actúa con un grado significativo de autonomía funcional⁷⁷.

a) Propiedad, posesión y control del riesgo algorítmico

La imputación al propietario o poseedor no se apoya en la idea de control operativo inmediato, sino en la relación estructural y continuada con el sistema o con el bien que lo integra. A diferencia del usuario profesional, cuya responsabilidad se vincula al uso concreto y a la supervisión del funcionamiento, el propietario o poseedor responde en cuanto titular de la esfera de riesgo que supone la introducción y mantenimiento del sistema en el tráfico jurídico⁷⁸.

Este criterio encuentra un claro paralelismo en el régimen de responsabilidad por el hecho de las cosas, y de forma particularmente expresiva en el artículo 1905 del Código Civil, que imputa al poseedor los daños causados por animales con independencia de culpa, salvo prueba de fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima. La razón de fondo no reside en la naturaleza del ente, sino en la existencia de un comportamiento autónomo no completamente previsible, unido a la imposibilidad de exigir a la víctima la prueba de una negligencia concreta del poseedor o responsable.⁷⁹

Trasladada esta lógica al ámbito de los sistemas de inteligencia artificial, la analogía resulta funcionalmente adecuada cuando concurren dos elementos:

- (i) la autonomía operativa del sistema, que le permite generar decisiones o actuaciones sin control humano directo, y
- (ii) la integración estable del sistema en un bien o infraestructura bajo la titularidad del propietario o poseedor.

En tales casos, el daño aparece como manifestación típica del riesgo inherente a la tenencia del sistema, lo que legitima una imputación objetiva fundada en la guarda.

b) Fundamento y límites de la imputación objetiva al propietario o poseedor

La responsabilidad del propietario o poseedor no puede reconducirse a un modelo de culpa por omisión de vigilancia ni a un incumplimiento de deberes técnicos análogos a los del *deployer*. Su fundamento es distinto: la internalización del riesgo estructural que deriva de mantener en funcionamiento un sistema capaz de producir efectos jurídicamente relevantes de forma autónoma⁸⁰.

Ahora bien, esta imputación objetiva exige límites claros para evitar una responsabilidad desproporcionada. En particular, solo resulta justificable cuando el propietario o poseedor:

⁷⁶ PANTALEÓN PRIETO, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual», *Anuario de Derecho Civil*, 1999, pp. 1693 ss.

⁷⁷ MARTÍN-CASALS, *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 72 ss.

⁷⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas*, Madrid, Marcial Pons, 2019, pp. 112 ss.

⁷⁹ STS 8274/2007, de 20 de diciembre (RJ 2007/8274).

⁸⁰ WAGNER, *Journal of European Tort Law*, vol. 13, núm. 3, 2022, pp. 196 ss.

- mantiene el sistema en condiciones normales de funcionamiento;
- obtiene un beneficio funcional o económico indirecto de su existencia;
- y se encuentra en posición de asegurar o trasladar el coste del daño, a diferencia de la víctima.

En estos supuestos, la responsabilidad opera como un mecanismo de cierre del sistema de imputación, evitando que los daños queden sin reparación cuando no sea posible identificar un fallo de diseño, un defecto del producto o un uso profesional incorrecto⁸¹.

Por el contrario, la imputación debe excluirse cuando el daño derive exclusivamente de un defecto del producto imputable al fabricante conforme a la Directiva (UE) 2024/2853, o de un uso profesional incorrecto atribuible al *deployer*. El propietario o poseedor no puede convertirse en un responsable universal subsidiario, ni asumir riesgos que corresponden estructuralmente a otros operadores económicos mejor situados para prevenirlos⁸².

c) Delimitación frente al usuario profesional (*deployer*)

La distinción entre propietario o poseedor y usuario profesional resulta esencial para la coherencia del sistema. Mientras el *deployer* responde por el uso, configuración y supervisión del sistema conforme a estándares técnicos normativos, el propietario o poseedor responde, en su caso, por la existencia misma del riesgo asociado a la tenencia de un sistema autónomo integrado en el tráfico jurídico⁸³.

Esta diferenciación evita dos errores frecuentes:

- (i) desplazar automáticamente la responsabilidad hacia quien utiliza el sistema, incluso cuando el riesgo se origina en la mera tenencia;
- (ii) diluir la responsabilidad del propietario en favor de modelos de imputación estrictamente basados en la culpa subjetiva, que resultan inoperantes ante tecnologías opacas y autónomas.

Desde esta perspectiva, la imputación al propietario o poseedor cumple una función estructural: garantizar la reparación del daño cuando este es expresión típica del riesgo algorítmico, sin forzar las categorías clásicas de culpa ni recurrir a ficciones como la personalidad jurídica de la inteligencia artificial⁸⁴.

5. Arquitectura regulatoria para el daño algorítmico

5.1. El daño algorítmico y la necesidad de una arquitectura normativa funcional

Desde el punto de vista del Derecho de daños, el problema no es la inteligencia artificial como tal, sino la identificación del fundamento normativo de la imputación en cada supuesto concreto. El ordenamiento no responde a la pregunta de cómo funciona el sistema, sino a la de quién debe asumir el coste del daño cuando este se produce y por qué razón jurídica. Esta razón no puede buscarse en el carácter algorítmico de la decisión, sino en la posición estructural del sujeto

⁸¹ GÓMEZ LIGÜERRE / GARCÍA-MICÓ, *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 508 ss.

⁸² Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, considerandos 46–51.

⁸³ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, art. 26.

⁸⁴ DI GREGORIO, «Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?», *Danno e Responsabilità*, fasc. 1, 2022, pp. 60 ss.

respecto del riesgo creado, su capacidad de control, su beneficio económico y su posibilidad de prevención o aseguramiento⁸⁵.

El tratamiento jurídico del daño causado por sistemas de inteligencia artificial exige partir de una premisa metodológica fundamental: no nos hallamos ante un nuevo tipo unitario de daño que pueda ser reconducido a un único régimen de responsabilidad, sino ante una pluralidad de supuestos heterogéneos cuyo único elemento común es la mediación tecnológica. El riesgo de construir una categoría global de “responsabilidad por inteligencia artificial” reside en la pérdida de precisión dogmática y en la generación de soluciones normativas difícilmente aplicables en la práctica judicial⁸⁶.

En este sentido, el denominado “daño algorítmico” comprende situaciones muy diversas: daños derivados de un defecto de seguridad del sistema; daños producidos por una integración organizativa incorrecta; daños vinculados a la actualización, modificación o aprendizaje del algoritmo; y supuestos en los que la causa técnica inmediata resulta inaccesible por la complejidad u opacidad del sistema. Cada uno de estos escenarios plantea problemas distintos de imputación, prueba y distribución del riesgo, y no todos pueden resolverse mediante las mismas categorías⁸⁷.

A partir de esta constatación, resulta necesario abandonar los enfoques monolíticos y avanzar hacia una arquitectura normativa funcional, basada en la distinción previa del origen jurídico del daño. Este planteamiento no supone fragmentar el sistema, sino estructurarlo racionalmente, asignando a cada tipo de supuesto el régimen que mejor responde a su lógica interna y a los objetivos clásicos del Derecho de daños: reparación efectiva, prevención del daño y distribución equitativa del riesgo⁸⁸.

El Derecho europeo ofrece ya los elementos necesarios para articular esta arquitectura sin necesidad de crear un régimen autónomo *ex novo*. De un lado, la Directiva (UE) 2024/2853, que reforma el régimen de responsabilidad por productos defectuosos, incorpora expresamente el software y los sistemas de inteligencia artificial, estableciendo una responsabilidad sin culpa basada en el defecto de seguridad del producto. De otro, el *AI Act*, que no regula la responsabilidad civil, pero impone obligaciones *ex ante* a determinados operadores en función del riesgo del sistema, configurando estándares normativos objetivos de conducta.

La clave reside en no confundir la función de ambos instrumentos. La Directiva opera cuando el daño puede reconducirse a un defecto del producto, mientras que el Reglamento actúa como marco de gobernanza preventiva del riesgo algorítmico. Su interacción no genera un régimen híbrido confuso, sino un sistema escalonado en el que cada norma cumple una función específica.

Desde esta perspectiva, la solución más coherente consiste en estructurar la responsabilidad por daños causados por sistemas de inteligencia artificial en carriles diferenciados⁸⁹ pero comunicantes: un carril de responsabilidad objetiva por defecto del producto; un carril de imputación por incumplimiento de deberes normativos en el despliegue y uso del sistema; y un módulo probatorio reforzado común a ambos, destinado a compensar las asimetrías informativas derivadas de la complejidad técnica. Esta arquitectura permite preservar la coherencia dogmática del Derecho civil y, al mismo tiempo, adaptarlo eficazmente a los nuevos riesgos tecnológicos⁹⁰.

⁸⁵ PANTALEÓN PRIETO, *Anuario de Derecho Civil*, 1999, pp. 1701–1704.

⁸⁶ MARTÍN-CASALS, *InDret*, n.º 3, 2023, pp. 58–60.

⁸⁷ NÚÑEZ ZORRILLA, *Inteligencia artificial, daño y responsabilidad civil*, Madrid, Marcial Pons, 2023, pp. 45–52.

⁸⁸ Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 2011, pp. 33–36.

⁸⁹ GÓMEZ LIGÜERRE / GARCÍA-MICÓ, *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 501–504.

⁹⁰ WAGNER, *Journal of European Tort Law*, vol. 13, núm. 3, 2022, pp. 191–194.

5.2. Clarificación de los modelos de imputación: responsabilidad objetiva, culpa normativa y alcance real de las soluciones combinadas

La construcción de una arquitectura normativa para el daño algorítmico exige una clarificación conceptual previa de los modelos de imputación disponibles. En el debate sobre la responsabilidad por inteligencia artificial se utilizan con frecuencia expresiones como “responsabilidad objetiva”, “cuasi objetiva” o “modelo híbrido” de forma imprecisa, lo que dificulta la identificación del régimen aplicable y genera inseguridad jurídica. Resulta imprescindible depurar estos conceptos y delimitar su alcance operativo⁹¹.

En este punto resulta imprescindible una precisión conceptual previa. El riesgo algorítmico no actúa aquí como un título autónomo de imputación universal, ni justifica por sí solo la aplicación indiferenciada de regímenes objetivos de responsabilidad. Su función es distinta y estrictamente delimitadora: opera como criterio de justificación y selección del régimen aplicable, en función del origen jurídico del daño y de la posición funcional del sujeto respecto del riesgo creado.

La responsabilidad objetiva no constituye una categoría homogénea ni intercambiable. En el Derecho civil cumple funciones distintas según el contexto en el que se aplica. No es equivalente la responsabilidad objetiva por productos defectuosos, fundada en el defecto de seguridad, a la responsabilidad por riesgo derivada de la guarda o del ejercicio de actividades peligrosas. Ambas prescinden de la culpa subjetiva, pero responden a lógicas normativas diferentes y presentan consecuencias distintas en materia de exoneración y prueba⁹².

En el ámbito de la inteligencia artificial, la responsabilidad objetiva encuentra su espacio propio en el régimen de productos defectuosos. Cuando el daño es atribuible a un defecto del sistema, entendido como falta de la seguridad que legítimamente cabe esperar, el título de imputación es objetivo y no exige acreditar negligencia del fabricante u operador económico. La incorporación del software y de los sistemas de IA a este régimen no altera su naturaleza, sino que la actualiza para dar respuesta a productos complejos, dinámicos y parcialmente opacos⁹³. Las presunciones de defecto o de causalidad introducidas para estos supuestos no transforman el sistema en uno basado en la culpa, sino que refuerzan su eficacia protectora frente a obstáculos probatorios estructurales⁹⁴.

Distinto es el caso de los daños que no derivan de un defecto del producto, sino del modo en que el sistema es desplegado, configurado o utilizado bajo el control de un sujeto profesional. En estos supuestos, la imputación no puede fundarse en la mera existencia del riesgo, pero tampoco puede reconducirse a un juicio clásico de culpa reconstruido *ex post*. El elemento central pasa a ser el incumplimiento de deberes normativos de diligencia, definidos previamente por el ordenamiento en atención al nivel de riesgo del sistema⁹⁵.

En este segundo carril, la imputación adopta la forma de una culpa normativa, en la que el estándar de conducta no se determina casuísticamente, sino que viene prefijado por normas técnicas y organizativas de carácter obligatorio. El *AI Act* cumple aquí una función decisiva, al establecer deberes concretos de uso conforme, supervisión humana, gestión de riesgos y

⁹¹ PEÑA LÓPEZ, «Responsabilidad objetiva y subjetiva en las propuestas legislativas europeas sobre responsabilidad civil aplicables a la inteligencia artificial», en ÁLVAREZ LATA (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Cizur Menor, Aranzadi, 2024, pp. 412–415.

⁹² DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 421–425.

⁹³ Directiva (UE) 2024/2853, considerandos 2, 13 y 46–48.

⁹⁴ DE FRANCESCHI, *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 11, núm. 1, 2022, pp. 13–15.

⁹⁵ EBERS, *JIPITEC*, vol. 12, núm. 2, 2021, pp. 208–210.

trazabilidad para quienes despliegan sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo⁹⁶. El incumplimiento de estos deberes constituye el presupuesto normativo de la responsabilidad civil, sin necesidad de probar una negligencia en sentido psicológico o subjetivo⁹⁷.

La coexistencia de estos dos carriles no justifica hablar de un régimen híbrido en sentido estricto. No se trata de mezclar indiscriminadamente responsabilidad objetiva y culpa, sino de asignar a cada supuesto el título de imputación que le corresponde según su estructura. El riesgo justifica la intensidad de los deberes; el incumplimiento de estos activa la responsabilidad. La objetividad y la normatividad no se excluyen, sino que operan en planos distintos⁹⁸.

Desde un punto de vista sistemático, no resulta ni necesario ni conveniente proclamar un régimen general de responsabilidad objetiva por inteligencia artificial. La solución más viable y coherente consiste en: reservar la responsabilidad objetiva estricta al ámbito de los productos defectuosos; articular, para el despliegue y uso profesional, un régimen de culpa normativa basada en estándares legales; y complementar ambos con reglas probatorias adaptadas a la complejidad técnica. Este modelo ofrece seguridad jurídica, es compatible con el marco europeo vigente y permite a los tribunales una aplicación razonable y previsible del Derecho de daños en contextos algorítmicos⁹⁹.

En consecuencia, los daños derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial no pueden reconducirse, con carácter general, a un modelo de culpa subjetiva en sentido clásico, basado en la previsibilidad psicológica y el reproche individual. Tampoco resulta adecuado proclamar una responsabilidad objetiva general por el mero uso de inteligencia artificial.

El modelo que se defiende en este trabajo se articula sobre una culpa normativa, fundada en el incumplimiento de deberes legales y técnicos de diligencia *ex ante*, definidos por el ordenamiento en atención al nivel de riesgo del sistema. En este marco, la responsabilidad se imputa no por la voluntad o negligencia psicológica del agente, sino por la infracción de estándares normativos de conducta que concretan el control exigible sobre el riesgo algorítmico.

Sólo cuando el daño sea imputable a un defecto de seguridad del sistema considerado como producto, conforme a la Directiva, opera un régimen de responsabilidad objetiva estricta. En los restantes supuestos, la imputación descansa en una culpa normativa reforzada, compatible con la tradición del Derecho de daños y adecuada a las características estructurales de la inteligencia artificial.

5.3. La atribución funcional del riesgo algorítmico

La atribución de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial exige abandonar definitivamente la búsqueda de una conducta humana individualizable como presupuesto exclusivo de la imputación. En los entornos algorítmicos avanzados, caracterizados por autonomía funcional, opacidad decisonal y causalidad distribuida, el daño no puede

⁹⁶ Reglamento (UE) 2024/1689, art. 26.

⁹⁷ HACKER, «The European AI liability directives – Critique of a half measure», *Computer Law & Security Review*, 2023, pp. 6–8.

⁹⁸ MARTÍN-CASALS, *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 84–86.

⁹⁹ ANGUITA RÍOS, «Inteligencia artificial y Derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 781, 2020, pp. 2570–2575.

reconducirse de forma fiable a una acción u omisión concreta evaluable conforme a los parámetros clásicos de previsibilidad y evitabilidad. En este contexto, insistir en una imputación estrictamente subjetiva conduciría, en no pocos supuestos, a una *vacatio responsabilitatis* incompatible con la función tuitiva del Derecho de daños¹⁰⁰.

Frente a ello, la atribución funcional del riesgo algorítmico se presenta como una técnica dogmáticamente coherente y normativamente necesaria. Su lógica no es sancionadora ni psicológica, sino estructural: responde quien ocupa una posición funcional relevante en la creación, despliegue o explotación del riesgo, con independencia de que haya intervenido directamente en la decisión algorítmica concreta que materializa el daño. La imputación se articula así en torno a criterios objetivos de control *ex ante*, capacidad de prevención, beneficio económico y posición organizativa dentro del ciclo de vida del sistema¹⁰¹.

Este desplazamiento del eje de imputación desde la conducta individual hacia la estructura de producción del riesgo no es ajeno a la tradición del Derecho civil. Por el contrario, encuentra precedentes claros en los regímenes de responsabilidad por actividades peligrosas, por productos defectuosos y por el hecho de las cosas, en los que la culpa subjetiva cede ante la necesidad de internalizar riesgos técnicamente complejos o socialmente relevantes¹⁰². La inteligencia artificial introduce, sin embargo, una especificidad cualitativa: el riesgo no deriva únicamente del mal funcionamiento del sistema, sino de su funcionamiento ordinario, conforme a su diseño y a su lógica adaptativa.

Desde esta perspectiva, la imputación funcional permite articular un sistema de responsabilidad que no depende de ficciones, como la personalidad jurídica de la IA, ni de reconstrucciones causales inalcanzables, sino de la identificación de los sujetos que se hallan en mejor posición para organizar, gobernar y asegurar el riesgo algorítmico. Fabricantes, proveedores, integradores y usuarios profesionales no responden por “haber causado” psicológicamente el daño, sino por haber introducido o mantenido en el tráfico jurídico un sistema cuya operación genera un riesgo no eliminable para terceros¹⁰³.

El Derecho de la Unión Europea apunta de forma clara en esta dirección. Aunque el *AI Act* no establece un régimen de responsabilidad civil, sí construye un entramado normativo basado en la atribución de deberes objetivos a los distintos operadores del ecosistema algorítmico, definidos según su función, proveedor, *deployer*, distribuidor, y no según su grado de intervención subjetiva. El incumplimiento de estos deberes no configura por sí mismo la responsabilidad civil, pero objetiva el estándar de diligencia y refuerza la imputación cuando el daño se produce en el ámbito de riesgo que tales obligaciones pretendían evitar¹⁰⁴.

La atribución funcional del riesgo permite, además, resolver de manera sistemática uno de los principales problemas del daño algorítmico: la fragmentación de la causalidad. En sistemas complejos, entrenados con grandes volúmenes de datos y desplegados en entornos dinámicos, el resultado lesivo suele ser fruto de una cadena de decisiones técnicas y organizativas difícilmente separables¹⁰⁵. La imputación funcional evita la parálisis probatoria que resultaría de exigir a la

¹⁰⁰ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, Madrid, Civitas, 2017, pp. 703 ss.; MARTÍN-CASALS, *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55 ss.

¹⁰¹ En este sentido MARTÍN-CASALS, *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 60–63; GÓMEZ LIGÜERRE / GARCÍA-MICÓ, *InDret*, núm. 1, 2020, pp. 501 ss.

¹⁰² ROCA TRÍAS, *InDret*, núm. 4, 2009, pp. 1 ss.

¹⁰³ WAGNER, *Journal of European Tort Law*, vol. 13, núm. 3, 2022, pp. 191 ss.

¹⁰⁴ HACKER, *Computer Law & Security Review*, 49 (2023), pp. 1 ss.

¹⁰⁵ ZECH, *ERA Forum*, vol. 22, 2021, pp. 147 ss.

víctima la identificación del “eslabón causal decisivo” y permite distribuir la responsabilidad conforme a criterios de racionalidad preventiva y eficiencia reparadora¹⁰⁶.

Ahora bien, este modelo no equivale a una responsabilidad automática o ilimitada. La atribución funcional exige siempre una conexión normativa suficiente entre el ámbito de control del sujeto y el riesgo que se materializa en el daño. Solo cuando el resultado lesivo se inscribe dentro del riesgo típico generado por el despliegue del sistema, y no por factores externos, uso manifiestamente anómalo o culpa exclusiva de la víctima, resulta legítimo imputar la responsabilidad al operador correspondiente. La funcionalidad de la imputación actúa, así como criterio de delimitación, no como cláusula de expansión indiscriminada¹⁰⁷.

La atribución funcional del riesgo algorítmico constituye el eje vertebrador de un modelo de responsabilidad civil adaptado a la inteligencia artificial: un modelo que prescinde de la culpa psicológica como presupuesto necesario, pero no renuncia a la racionalidad jurídica; que protege eficazmente a la víctima sin sacrificar la coherencia dogmática; y que orienta la responsabilidad hacia quienes están en condiciones reales de gobernar el riesgo tecnológico y asumir sus costes sociales.

La adopción de un modelo de atribución funcional del riesgo algorítmico no puede quedar limitada al plano sustantivo, sino que exige una adecuación coherente de las reglas procesales de imputación, particularmente en lo que se refiere a la carga de la prueba y a la reconstrucción del nexo causal. En entornos caracterizados por opacidad técnica, complejidad organizativa y asimetría informativa estructural, la aplicación mecánica de los criterios probatorios clásicos conduciría a un vaciamiento práctico del derecho a la reparación.

Desde este punto de vista, la atribución funcional del riesgo justifica una modulación de la carga probatoria, sin necesidad de abandonar los principios generales del proceso civil. Corresponde al perjudicado acreditar la existencia del daño y su conexión funcional con el ámbito de riesgo creado por el sistema de inteligencia artificial desplegado. Una vez establecida esta vinculación, resulta razonable desplazar al operador técnico o económico la carga de probar la concurrencia de causas de exoneración objetivas o la ruptura del nexo causal, en la medida en que es quien se encuentra en mejor posición para acceder a la información relevante sobre el funcionamiento del sistema.

Esta solución no introduce una inversión automática de la carga de la prueba, sino una regla de facilitación probatoria coherente con la imputación por riesgo y con la doctrina jurisprudencial consolidada en ámbitos de especial complejidad técnica. La opacidad algorítmica no puede operar en perjuicio de la víctima, convirtiéndose en un factor de inmunidad fáctica para quienes organizan y explotan sistemas autónomos de decisión.

En este marco, adquiere especial relevancia el incumplimiento de deberes normativos de documentación, trazabilidad, supervisión humana y conservación de registros técnicos. Tales deberes, positivizados en el *AI Act*, no configuran directamente un régimen de responsabilidad civil, pero su infracción actúa como criterio normativo de imputación, reforzando la presunción de conexión entre el funcionamiento del sistema y el daño producido. La ausencia de registros, explicaciones técnicas o mecanismos de control no puede neutralizar la responsabilidad, sino que debe operar, desde el punto de vista probatorio, en contra del sujeto que incumple tales obligaciones.

¹⁰⁶ GÓMEZ LIGÜERRE, «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», *InDret*, 1/2025, pp. 6 ss.

¹⁰⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Civitas, 1993, pp. 421–425

De este modo, la dimensión procesal no constituye un modelo autónomo de responsabilidad, sino una consecuencia necesaria del criterio sustantivo adoptado. La atribución funcional del riesgo algorítmico exige reglas probatorias acordes con la estructura tecnológica del daño, que permitan garantizar una tutela judicial efectiva sin sacrificar las garantías del demandado ni convertir la responsabilidad civil en un mecanismo automático o indiscriminado.

6. Configuración sistemática y alcance normativo del modelo de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial

6.1. Fundamentación y estructura del modelo propuesto

El examen conjunto de los problemas que plantea el daño causado por sistemas de inteligencia artificial permite afirmar que el Derecho civil no se enfrenta a la necesidad de crear un régimen excepcional o autónomo de responsabilidad, sino a la de reordenar funcionalmente sus categorías tradicionales para hacerlas operativas en un contexto tecnológico caracterizado por autonomía decisional, opacidad técnica y causalidad distribuida. En este sentido, tanto la generalización de un régimen de responsabilidad objetiva por el mero uso de inteligencia artificial como la aplicación inalterada del modelo clásico de culpa subjetiva resultan soluciones insatisfactorias desde el punto de vista dogmático y funcional¹⁰⁸.

La primera conduce a una expansión indiscriminada de la responsabilidad, desvinculada de criterios reales de control del riesgo y difícilmente conciliable con los principios estructurales del Derecho de daños. La segunda, por el contrario, deja sin respuesta adecuada aquellos supuestos en los que el daño no puede reconducirse a una conducta humana individualizable ni a un juicio operativo de previsibilidad y evitabilidad *ex ante*, generando vacíos de imputación incompatibles con la tutela efectiva del perjudicado¹⁰⁹.

Frente a estas alternativas, el modelo que aquí se defiende se articula sobre una estructura escalonada y funcional de imputación, basada en la distinción entre los distintos orígenes jurídicos del daño algorítmico. Cuando el daño es imputable a un defecto de seguridad del sistema considerado como producto, debe operar el régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Directiva, que incorpora expresamente el software y los sistemas de inteligencia artificial y refuerza su eficacia mediante presunciones probatorias justificadas por la complejidad técnica¹¹⁰.

En cambio, cuando el daño deriva del modo en que el sistema es desplegado, configurado o utilizado bajo el control de un sujeto profesional, la imputación no puede fundarse ni en la mera existencia del riesgo ni en un juicio clásico de culpa subjetiva. En estos supuestos, la responsabilidad debe articularse sobre una culpa normativa, basada en el incumplimiento de deberes legales y técnicos de diligencia *ex ante*, definidos por el ordenamiento en atención al nivel de riesgo del sistema. El *AI Act*, desempeña aquí una función estructural decisiva, al

¹⁰⁸ MARTÍN-CASALS, *InDret*, núm. 3, 2023, pp. 55 ss.

¹⁰⁹ Díez-PICAZO, Civitas, 2017, pp. 703 ss.

¹¹⁰ DE FRANCESCHI, *Journal of European Consumer and Market Law*, 2022, pp. 10 ss.; Directiva (UE) 2024/2853

establecer estándares objetivos de conducta cuya infracción delimita el presupuesto normativo de la imputación civil¹¹¹.

6.2. Atribución funcional del riesgo, dimensión probatoria y valoración final

El criterio vertebrador que confiere coherencia al modelo propuesto es la atribución funcional del riesgo algorítmico. La imputación de responsabilidad no se fundamenta en la psicología del agente ni en la reconstrucción exhaustiva del proceso decisorio interno del sistema, sino en la identificación de los sujetos que ocupan posiciones funcionalmente relevantes en la creación, despliegue y explotación del riesgo tecnológico. Responde quien se encuentra en mejor posición para prevenir, controlar o asegurar el riesgo, y quien obtiene un beneficio funcional o económico de su utilización¹¹².

Este enfoque no supone una ruptura con la tradición del Derecho de daños, sino una evolución coherente de sus categorías, ya presente en ámbitos como la responsabilidad por productos defectuosos, por actividades peligrosas o por el hecho de las cosas. La atribución funcional permite, además, superar de manera sistemática las dificultades derivadas de la fragmentación de la causalidad y de la opacidad técnica, sin imponer a la víctima la carga de reconstruir el itinerario causal completo del daño. Basta con acreditar que el resultado lesivo se inscribe en el ámbito de riesgo generado por el sistema bajo el control del demandado, correspondiendo a este último la prueba de las causas de exoneración o de la ruptura del nexo causal¹¹³.

Desde esta perspectiva, la dimensión probatoria no constituye un régimen autónomo, sino una consecuencia necesaria del criterio sustantivo adoptado. La asimetría informativa estructural justifica mecanismos de facilitación probatoria y una distribución dinámica de la carga de la prueba, compatibles con los principios generales del proceso civil y con el derecho de defensa del demandado.

El modelo escalonado y funcional de responsabilidad civil por daños causados por sistemas de inteligencia artificial que aquí se propone ofrece una solución dogmáticamente coherente y normativamente viable. Permite conjugar la protección efectiva de los perjudicados con la seguridad jurídica de los operadores, evita tanto la expansión indiscriminada de la responsabilidad objetiva como los vacíos de imputación propios del paradigma clásico de culpa, y se integra de forma armónica en el marco normativo europeo vigente. Su fortaleza reside, precisamente, en esta combinación de continuidad dogmática y adaptación funcional al riesgo algorítmico.

7. Conclusiones

1. La inteligencia artificial autónoma no plantea al Derecho civil un problema de ausencia normativa, sino un desafío de adecuación funcional de las categorías clásicas de imputación del daño frente a nuevas formas de riesgo tecnológicamente mediado.
2. El modelo tradicional de responsabilidad extracontractual basado en la culpa del artículo 1902 CC, construido sobre la previsibilidad y evitabilidad del daño atribuible a una

¹¹¹ HACKER, *Computer Law & Security Review*, 2023, pp. 1 ss.

¹¹² WAGNER, *Journal of European Tort Law*, 2022, pp. 191 ss.

¹¹³ ZECH, », *ERA Forum*, 2021, pp. 147 ss.

conducta humana individualizable, resulta estructuralmente insuficiente para responder a los daños causados por sistemas de inteligencia artificial caracterizados por autonomía decisional, opacidad técnica y causalidad distribuida.

3. Esta insuficiencia no justifica, sin embargo, la proclamación de un régimen general de responsabilidad objetiva por el mero uso de inteligencia artificial. Una solución de este tipo sería dogmáticamente imprecisa y funcionalmente desproporcionada, al prescindir de criterios reales de control del riesgo y de diferenciación entre los distintos orígenes jurídicos del daño.
4. El análisis desarrollado permite afirmar que los daños causados por sistemas de inteligencia artificial exigen una arquitectura escalonada de imputación, basada en la distinción entre defecto del sistema, incumplimiento de deberes normativos en su despliegue o uso, y materialización del riesgo estructural inherente a su funcionamiento autónomo.
5. Cuando el daño sea imputable a un defecto de seguridad del sistema considerado como producto, debe operar el régimen de responsabilidad objetiva previsto en la Directiva (UE) 2024/2853, que incorpora expresamente el software y los sistemas de inteligencia artificial y refuerza su eficacia mediante presunciones probatorias justificadas por la complejidad técnica.
6. En los supuestos en los que el daño deriva del despliegue, configuración o uso profesional del sistema, la imputación no puede reconducirse ni a una responsabilidad objetiva estricta ni a un juicio clásico de culpa subjetiva, sino que debe articularse sobre una culpa normativa, fundada en el incumplimiento de deberes legales y técnicos de diligencia *ex ante* definidos por el ordenamiento en atención al nivel de riesgo del sistema.
7. La atribución de responsabilidad debe basarse en una imputación funcional del riesgo algorítmico, orientada a identificar a los sujetos que ocupan posiciones estructuralmente relevantes en la creación, organización o explotación del riesgo y que se encuentran en mejor situación para prevenirlo o asegurar sus consecuencias.
8. Este enfoque permite integrar de manera coherente la pluralidad de operadores del ecosistema algorítmico —fabricantes, proveedores, diseñadores, usuarios profesionales y, en determinados supuestos, propietarios o poseedores— sin recurrir a ficciones conceptuales como la personalidad jurídica de la inteligencia artificial.
9. La imputación funcional del riesgo exige una adecuación coherente de las reglas probatorias, de modo que la opacidad técnica y la asimetría informativa no operen en perjuicio de la víctima. La facilitación probatoria y la relevancia del incumplimiento de deberes de documentación, trazabilidad y supervisión humana constituyen consecuencias necesarias del modelo sustantivo adoptado.
10. Así el Derecho civil puede y debe responder a los desafíos de la inteligencia artificial sin renunciar a sus principios estructurales, mediante una evolución interna de sus categorías que preserve la función reparadora, preventiva y distributiva de la

responsabilidad civil, garantizando al mismo tiempo la seguridad jurídica y un desarrollo tecnológico socialmente responsable.

8. Bibliografía

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XIII, vol. 2º. Madrid: Edersa, 1996.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho de obligaciones. Parte general*, vol. II. Barcelona: Bosch, 1998.

ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, «Propuesta de Reglamento en materia de responsabilidad civil por el uso de inteligencia artificial, del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 38, 2021.

ANGUITA RÍOS, Rosa María, «Inteligencia artificial y Derecho civil: líneas de pensamiento en materia de daños», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 781, 2020.

BAROCAS, Solon; SELBST, Andrew D., «Big Data's Disparate Impact», *California Law Review*, 104(3), 2016.

BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Hacia una personalidad electrónica para los robots», *Revista de Derecho Privado*, Año 102, núm. 2018.

BINNS, Reuben, «Algorithmic Accountability and Public Reason», *Philosophy & Technology*, 30(4), 2017.

BINNS, Reuben; VEALE, Michael, «Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects and Article 22 of the GDPR», *International Data Privacy Law*, 11(3), 2021.

BOTELLO HERMOSA, Pedro Ignacio, «La responsabilidad civil extracontractual de los daños originados por robots a terceros: ¿Por qué no una ley española sobre el régimen jurídico de la tenencia y uso de robots?», en BELLO JANEIRO, Domingo (coord.), *Nuevas tecnologías y responsabilidad civil*, Madrid, Reus, 2020.

BURRELL, Jenna, «How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms», *Big Data & Society*, 3(1), 2016, pp. 1 ss.

CALO, Ryan, «Robotics and the Lessons of Cyberlaw», *California Law Review*, 103(3), 2015.

CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, vol. II. Madrid: Reus, 1997.

CITRON, Danielle Keats; PASQUALE, Frank, «The Scored Society: Due Process for Automated Predictions», *Washington Law Review*, 89, 2014.

DANAHER, John, «Robots, law and the retribution gap», *Ethics and Information Technology*, 18(4), 2016.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Sobre la responsabilidad por el hecho de las cosas*. Madrid: Marcial Pons, 2019.

DI GREGORIO, Valentina, «Intelligenza artificiale e responsabilità civile: quale paradigma per le nuove tecnologie?», *Danno e responsabilità*, fasc. 1, 2022.

DI ROSA, Giovanni, «Quali regole per i sistemi automatizzati “intelligenti”?», *Rivista di diritto civile*, 67(5), 2021.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II. Cívitas, 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho civil*, vol. II. Tecnos, 2011.

EBERS, Martin, «Liability for Artificial Intelligence and EU Consumer Law», *JIPITEC*, 12(2), 2021.

EBERS, Martin; GLESS, Sabine (eds.), *European Perspectives on Artificial Intelligence Regulation*. Nomos, 2021.

Expert Group on Liability and New Technologies (Comisión Europea), *Report on Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies*, 2019.

GLESS, Sabine; SILVERMAN, Emily; WEIGEND, Thomas, «If robots cause harm, who is to blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability», *New Criminal Law Review*, 19(3), 2016.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Responsabilidad por daños causados por la inteligencia artificial», *InDret*, núm 1, 2025.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos/GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel, «Liability for Artificial Intelligence and other emerging technologies», *InDret*, núm 1, 2020.

HILDEBRANDT, Mireille, *Law for Computer Scientists and Other Folk*. Oxford University Press, 2019.

HILDEBRANDT, Mireille, *Smart Technologies and the End(s) of Law*. Edward Elgar, 2016.

HODGES, Christopher, *Delivering Dispute Resolution: A Holistic Review of Models in England and Wales*. Hart/Bloomsbury, 2019.

IZQUIERDO GRAU, Guillem, «Software y algoritmos defectuosos...», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 38, 2023.

MARTÍN-CASALS, Miquel, «Las propuestas de la Unión Europea para regular la responsabilidad civil por los daños causados por sistemas de inteligencia artificial», *InDret*, núm. 3, 2023.

MOLINA SÁNCHEZ, María; GARCÍA ORTIZ, Ángela, «Inteligencia Artificial y Prevención de la Violencia Contra las Mujeres», *Estudios Penales y Criminológicos*, 44, 2023.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Régimen europeo en ciernes en materia de responsabilidad derivada de los Sistemas de Inteligencia Artificial», *Revista CESCO*, núm. 44, 2022.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Robot Machines and Civil Liability», *Algorithms and Law*. CUP, 2020.

NIST, *AI Risk Management Framework*, 2022.

NÚÑEZ ZORRILLA, M.^a del Carmen, *Inteligencia artificial, daño y responsabilidad civil: bases para un marco jurídico específico*. Madrid: Marcial Pons, 2023.

ORTIZ FERNÁNDEZ, Manuel, «La “adaptación” del Derecho de daños a la inteligencia artificial: la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por la IA (2022)», *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 38, 2024.

PAGALLO, Ugo, *The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts*. Springer, 2013.

PEÑA LÓPEZ, Fernando, «Responsabilidad objetiva y subjetiva en las propuestas legislativas europeas sobre responsabilidad civil aplicables a la inteligencia artificial», en ÁLVAREZ LATA, Nieves (coord.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*. Aranzadi, 2024.

PEÑA, María José, *La responsabilidad civil extracontractual: fundamentos y elementos*. Marcial Pons, 2013.

ROCA TRÍAS, Encarna, «El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español», *InDret*, núm. 4, 2009.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, «Los sesgos y el derecho. En especial, sus implicaciones para el derecho civil», *InDret*, núm 2, 2025.

RUSSELL, Stuart J.; NORVIG, Peter, *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (4.^a ed.). Pearson, 2020.

SNOW, Ned, «Free Speech & Disparaging Trademarks», *Boston College Law Review*, vol. 57, núm.5, 2016.

TATO PLAZA, Anxo, «Publicidad comercial y libertad de expresión en Europa», *La Ley*, 1994-3.

TATO PLAZA, Anxo, «Publicidad comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana», *24 ADI*, 1992.

TUSHNET, Rebeca, «The First Amendment Walks into a Bar: Trademark Registration and Free Speech», *Notre Dame Law Review*, vol. 92, núm. 1, 2016.

VALLESPÍN PÉREZ, David, *Responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial*, Madrid: Reus, 2020.

VEALE, Michael; VAN KLEEK, Max; BINNS, Reuben, «Fairness and Accountability Design Needs for Algorithmic Support in High-Stakes Public Sector Decision-Making», *CHI '18*, Paper 440.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano, «Transparent, Explainable, and Accountable AI for Robotics», *Science Robotics*, 2(6), 2017.

WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; RUSSELL, Chris, «Why Fairness Cannot Be Automated: Bridging the Gap Between EU Non-Discrimination Law and AI», *Computer Law & Security Review*, 40, 2021.

WAGNER, Gerhard, «Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels Effect», *Journal of European Tort Law*, 13(3), 2022.

ZECH, Herbert, «Liability for AI: public policy considerations», *ERA Forum*, 22, 2021, pp. 147 ss.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1990.

María del Carmen Luque
Jiménez
Universidad de Málaga

Sumario

Tras más de cuatro años de aplicación de la Ley 8/2021, resulta procedente un análisis crítico de la guarda de hecho, institución que la reforma consolidó como medida de apoyo formal y no meramente temporal, siempre que resulte suficiente y adecuada para proteger los derechos de la persona con discapacidad. La norma ha reforzado su carácter jurídico, diferenciando modalidades asistenciales y representativas, con o sin necesidad de autorización judicial, y ha planteado problemas prácticos, como la acreditación frente a terceros y la proyección en negocios jurídicos conexos. La experiencia acumulada permite evaluar su operatividad real y el criterio jurisprudencial desarrollado, destacando casos en que la guarda de hecho es considerada suficiente y aquellos en los que se requiere transición a curatela, lo que ofrece una visión clara del alcance y los límites de esta institución en la práctica.

Abstract

After more than four years of the implementation of Act 8/2021, a critical analysis of de facto guardianship is appropriate. This institution was consolidated by the reform as a formal support measure rather than merely a temporary one, provided it is sufficient and suitable to protect the rights of the person with a disability. The legislation has strengthened its legal character by distinguishing between care and representative modalities, with or without the need for judicial authorization, and has raised practical issues, such as verification before third parties and its implications in related legal transactions. The accumulated experience allows for an assessment of its actual effectiveness and the jurisprudential criteria developed, highlighting cases in which de facto guardianship is deemed sufficient and those in which a transition to curatorship is required, offering a clear view of the scope and limits of this institution in practice.

Title: When care becomes law: De facto guardianship in Spain after Act 8/2021

Palabras clave: discapacidad, guarda de hecho, medidas de apoyo, asistencia, representación

Keywords: disability, de facto guardianship, protection measures, assistance, representation

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.06

1.2026

Recepción
06/12/2025

-

Aceptación
02/01/2026

-

Índice

-

1. Introducción. La reforma de la discapacidad en la legislación civil

2. La guarda de hecho. Características de la nueva regulación

3. Concepto y requisitos para ser guardador de hecho

3.1. Concepto

3.2. Requisitos para ser guardador de hecho

4. Guarda de hecho de las personas con discapacidad. Modalidades

4.1. Guarda de hecho asistencial

4.2. Guarda de hecho representativa

a. Actuación directa sin necesidad de autorización judicial

b. Actuación con autorización judicial

5. Conflictos de intereses en supuestos de guarda de hecho

6. Extinción de la guarda de hecho

7. El problema de la acreditación respecto a terceros

8. La guarda de hecho y su proyección en los negocios jurídicos conexos

9. Análisis de la jurisprudencia posterior a la reforma

9.1. El impacto de la Ley 8/2021 en la conflictividad judicial

9.2. Casos en los que se considera suficiente la guarda de hecho como medida de apoyo

9.3. Casos en los que habiendo guarda de hecho se pasa a curatela

10. Conclusiones

11. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción. La reforma de la discapacidad en la legislación civil*

Con la aprobación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, que reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en el Código Civil español, se pretendió avanzar de manera determinante en la adaptación de nuestro sistema jurídico a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Este tratado establece en su artículo 12 que las personas con discapacidad poseen capacidad jurídica en igualdad con el resto de la población en todos los ámbitos de la vida, y exige a los Estados firmantes que adopten las medidas necesarias para garantizarles el apoyo requerido para ejercer dicha capacidad jurídica¹.

La guarda de hecho, entendida como una medida de cuidado informal y flexible, se alinea con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) al promover la inclusión y la protección de las personas con discapacidad en un marco de respeto a su autonomía y voluntad. Este tipo de guarda permite que la persona reciba apoyo cotidiano sin someterla a estructuras rígidas o institucionalizadas, favoreciendo su participación plena en la vida social, económica y comunitaria. En particular, contribuye al ODS 3, «Salud y bienestar», al garantizar asistencia adaptada a las necesidades individuales, y al ODS 10, «Reducción de las desigualdades», al reconocer y proteger derechos de grupos tradicionalmente vulnerables dentro de la sociedad.

Asimismo, la guarda de hecho refleja los principios de dignidad y autonomía que subyacen al ODS 16, «Paz, justicia e instituciones sólidas», al establecer relaciones de cuidado basadas en la confianza y el consentimiento, en lugar de la coerción. Esta modalidad de cuidado puede fomentar la cohesión social y la corresponsabilidad comunitaria, fortaleciendo redes informales de apoyo que son esenciales para el desarrollo sostenible. De este modo, la guarda de hecho se constituye como un mecanismo que no solo atiende necesidades inmediatas, sino que también contribuye a la construcción de sociedades más inclusivas, equitativas y respetuosas de la diversidad funcional.

Este marco internacional en general y el artículo 12 de la Convención de Nueva York en particular imponen un cambio radical, un giro copernicano², como es el que ha acontecido en nuestro ordenamiento jurídico. De la normativa establecida en los artículos 249 y siguientes del Código Civil, junto con lo dispuesto en el citado artículo 12 de la Convención, se desprenden las notas que definen el actual sistema de provisión de apoyos:

* La publicación es resultado del proyecto «Negocios conexos en una economía de mercado», PID2021-124444NB-I00, financiado por MCIN, integrado en la Red Temática «Contratos inmobiliarios en la era digital: nuevas formas de contratación y desafíos jurídicos en la actualidad», PPRO-D5-2025-005.

¹ La jurisprudencia, con anterioridad a la reforma, consideró que el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado en el Derecho español por la tutela y la curatela, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial, que también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos, debiendo, en todo caso, interpretarse estas figuras conforme a los principios de la Convención -vid. por todas, STS 298/2017, Civil, de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2017:1901)-.

² BARBA, «El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», en DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, 2022, p. 52. En esta materia vid. GARCÍA RUBIO, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 58, año 2018, pp. 143-192.

- 1) Es aplicable a personas mayores de edad o menores emancipadas que precisen una medida de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.
- 2) La finalidad de estas medidas de apoyo es «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad» y han de estar «inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales»; evitando que haya conflicto de intereses ni influencia indebida.
- 3) Las medidas de apoyo establecidas por resolución judicial actúan de forma complementaria y solo entran en juego cuando las previstas voluntariamente por la persona no existen o resultan insuficientes.
- 4) No es necesario que exista una declaración previa sobre la capacidad de la persona.
- 5) La acción judicial destinada a determinar apoyos debe guiarse por los principios de necesidad y proporcionalidad, considerando las particularidades de cada persona. Estos principios implican que la intervención se lleve a cabo en el menor tiempo posible, que se someta a revisiones periódicas por parte de una autoridad o tribunal competente, independiente e imparcial, y que se respete en todo momento la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, prestando especial atención a su voluntad, deseos y preferencias³.

La reforma supone el cambio de mentalidad en el que se busca transformar el modelo tradicional, en el que las decisiones sobre la vida de las personas con discapacidad eran tomadas por otros, hacia un enfoque centrado en su propia voluntad y elecciones, de modo que, en principio, sean ellas quienes decidan por sí mismas. Este nuevo enfoque se fundamenta en intervenir lo menos posible y en garantizar el mayor grado de autonomía de la persona.

Resulta especialmente significativo que el legislador haya reiterado en veintitrés ocasiones la referencia expresa al respeto a la «voluntad, deseos y preferencias»⁴ de la persona. Esta insistencia terminológica no responde a una simple opción estilística, sino que revela un cambio estructural en la concepción de la capacidad jurídica y del modo en que deben articularse los apoyos. La reforma del Código Civil consolida un modelo centrado en la autonomía individual y

³ En este sentido, *vid.* STS 589/2021, Civil, de 8 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3276); STS 66/2023, Civil, de 23 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291); SAP Cádiz, de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2420); SAP Les Illes Balears, de 7 de febrero de 2022 (ECLI:ES:APIB:2022:287) y SAP Huelva, de 14 de septiembre de 2022 (ECLI:ES:APH:2022:710), entre otras muchas. PAU PEDRÓN, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil» en *Revista de Derecho Civil*, v. V, n. 3 (julio-septiembre, 2018), *Estudios*, p. 27 ya comentaba que las medidas de apoyo deben ajustarse, en cada caso, a la situación de cada una de las personas con discapacidad.

⁴ BERROCAL LANZAROT, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, 2022, p. 229 considera que «En todo caso, voluntad representa la capacidad humana para decidir con libertad lo que se desea y lo que no, mientras deseos significa el interés o la apetencia que una persona tiene por conseguir o realizar algo; y, preferencias viene a determinar la circunstancias de preferir a una persona o cosas sobre otras personas o cosas. Aunque se opera sobre los tres conceptos que informan toda la regulación y que confluyen en cuanto se interrelacionan entre sí; en el fondo no es más que la voluntad expresada en el consentimiento informado plasmado en la toma de decisiones por la persona ante cualquier acto, actuación o contrato». Para FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, 2021, p. 36, «la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad no es, obviamente, un valor absoluto, sino que es susceptible de análisis, modulación y racionalidad, por la autoridad judicial sin duda y, en cuanto, debe emitir un juicio trascendente para la legalidad del negocio jurídico, también para el notario».

en la consideración de la persona con discapacidad como sujeto pleno de derechos, cuyo criterio personal constituye el punto de partida y el parámetro esencial para cualquier medida de apoyo. Esta orientación impregna la totalidad del texto normativo y se proyecta de manera coherente sobre las restantes modificaciones introducidas tanto en la legislación civil como en la procesal.

De este modo, la voluntad de la persona se convierte en eje rector de la interpretación y aplicación de las instituciones jurídicas afectadas, asegurando que cada mecanismo de apoyo, cualquiera que sea su naturaleza o intensidad, se configure con carácter proporcional, respetuoso y orientado a la salvaguarda de la autodeterminación. La reforma, por tanto, no solo actualiza disposiciones concretas, sino que redefine la lógica de todo el sistema de apoyos desde un enfoque que prioriza la dignidad y la autonomía decisoria⁵.

La reforma redacta de nuevo el Título XI del Libro Primero del Código Civil y pasa a denominarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica». Esta nueva regulación abandona una línea anterior basada en la incapacitación de aquellos que no se consideran lo suficientemente capacitados, de manera que ya no se habla de la alteración de una capacidad que es inherente a la condición humana y, por lo tanto, no puede ser modificada.

Como se dice en el Preámbulo de la ley, «No se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta algo que ha pasado durante mucho tiempo desapercibido: que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos».

Es importante señalar que, en situaciones donde no sea posible dar apoyo de otra manera, y solo en esos casos de imposibilidad, este apoyo podría concretarse en la representación en la toma de decisiones. En este sentido, el artículo 255 del Código Civil, al regular las medidas voluntarias de apoyo, finaliza con un párrafo, el quinto, que limita las medidas judiciales: «Solo en caso de que falten o sean insuficientes estas medidas voluntarias, y en ausencia de una guarda de hecho que proporcione apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias». El artículo 255 *in fine* establece un mandato de desjudicialización⁶

⁵ La Ley 8/2021, de 2 de junio, contiene modificaciones además de al Código Civil, a la Ley del Notariado; la Ley Hipotecaria; la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria; y al Código de Comercio.

⁶ SANTOS URBANEJA, *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, 2021, p. 194, pone de relieve el importante alivio de carga de trabajo que para la Administración de Justicia supone el nuevo sistema. Para PÉREZ MONGE, «La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la Convención», en MUNAR BERNAT (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, 2021, p. 271, «Los preceptos relativos a la guarda de hecho en el Proyecto ofrecen una completa y acertada regulación de esta materia, que facilitará la labor de los guardadores de hecho, y a su vez descargarán a los tribunales de trabajo, puesto que si se permite que el guardador realice actos de disposición se evitarán numerosos procesos de modificación judicial de la capacidad con la correspondiente autorización judicial, o de provisión de apoyos».

«razonable», basado en la idea de que las facultades de actuación no dependen de una resolución judicial, sino que emanan directamente de la ley⁷.

Según la lógica de este artículo, mientras las medidas voluntarias sean suficientes y cubran todas las necesidades de apoyo, no será necesario recurrir a medidas judiciales. Entre estas medidas voluntarias, adquieren especial importancia los poderes, mandatos y la autoguarda. Asimismo, también forma parte del sentido de la norma que no se requieren medidas judiciales si las necesidades de apoyo y representación derivadas de la discapacidad están cubiertas por una guarda de hecho.

La reforma ha suprimido la tutela y concentra en la curatela⁸ todas las medidas judiciales de apoyo continuado. La extensión de la curatela debe ser precisada por la resolución judicial que la acuerde. En supuestos de grave deterioro cognitivo que impida a la persona gobernarse en todas las esferas, la curatela se considera una medida objetivamente «proporcionada» tal como exige el artículo 268 CC y que precisa de «apoyo de modo continuado» como exige el artículo 250 CC.

El artículo 269 del Código Civil, en el contexto de la regulación de la curatela, establece en su primer párrafo que la curatela se creará «mediante una resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad»⁹. Se trata del requisito de la «necesidad circunstancial» que implica analizar cada caso de manera individual. Si se confirma la existencia de una guarda de hecho que sea efectiva y adecuada, esta deberá ser reconocida como la medida de apoyo informal mencionada en el artículo 250 del Código Civil, lo que excluiría la necesidad de establecer una curatela¹⁰. Si no se ha identificado ninguna necesidad no cubierta ni ningún apoyo que no se le esté proporcionando al discapacitado, la medida de apoyo más adecuada para la situación e interés del incapaz es la guarda de hecho¹¹.

⁷ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2024 las fiscalías territoriales confirman, con carácter general, la consolidación, durante el año 2023, del principio de subsidiariedad de la intervención judicial en la provisión de apoyos. «El peso relativo del porcentaje de procedimientos que concluyen con establecimiento de un apoyo judicial debe considerarse a la luz del descenso de incoación de procedimientos judiciales de apoyo que se viene constatando desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Esto se debe, principalmente, a la exhaustividad de las diligencias preprocesales practicadas en fiscalía, que son determinantes para lograr que los casos que cuentan con apoyos voluntarios, o bien con guarda de hecho suficiente y eficaz, o bien con un entorno social y comunitario de apoyo adecuado y bastante, finalicen su recorrido de tramitación con el decreto de archivo del fiscal que así lo constata, sin llegar a judicializarse. Las estadísticas judiciales confirman esta percepción. Comparativamente, el volumen de procedimientos judiciales instando medidas judiciales de incapacitación en los años previos a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en relación con los subsiguientes, confirman la aminoración de procedimientos judiciales, poniendo cifras a la desjudicialización donde claramente residen las situaciones de guarda y/o apoyos voluntarios».

⁸ Acerca de la regulación de la curatela tras la reforma, *vid.* ALVENTOSA DEL RÍO, «El nuevo régimen legal de la curatela» en DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, de 2 de junio, 2022, pp.145-226.

⁹ En este sentido, en la SAP Cádiz, de 27 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:929) se dice: «solo se acordará la constitución de la curatela de forma residual, es decir, como medida de apoyo cuando no exista otra medida suficiente para la persona con discapacidad y en el caso excepcional en que resulte imprescindible la concesión de facultades representativas, será necesario que se motiven los actos concretos en los que el curador deba asumir la representación».

¹⁰ SAP Castellón, de 16 de septiembre de 2022, (ECLI:ES:APCS:2022:1106).

¹¹ En la SAP Cádiz, de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2420) se consideró que no eran necesarias medidas de apoyo que complementen o sustituyan la guarda de hecho ejercida por la madre.

Cuando se establece la curatela como medida de apoyo tiene que justificarse en la sentencia y si se otorgan funciones representativas para cualquier acto de la vida jurídica, tiene que explicarse el motivo de la decisión de esta medida judicial, en especial tienen que concretarse los actos (y no hacerlo de forma genérica) en todo caso dando explicación del motivo por el que se atribuyen funciones representativas.

Son muchos los aspectos que se podrían analizar tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad, si bien en este estudio nos centraremos en los importantes cambios introducidos en la configuración de la institución de la guarda de hecho tras dicha reforma¹². El título propuesto responde a la necesidad de poner de relieve cómo una realidad social preexistente, como es la atención personal y continuada prestada a personas con discapacidad por alguien de su entorno más próximo, habitualmente un familiar o persona de confianza, ha sido progresivamente asumida y reconocida por el Derecho civil como una situación con relevancia jurídica propia. La guarda de hecho nace precisamente de esa relación fáctica de cuidado, asistencia y apoyo cotidiano, anterior a cualquier formalización judicial, y encuentra hoy en el Código Civil un marco normativo que la integra como instrumento de protección de la persona, especialmente tras la evolución legislativa orientada al respeto de la autonomía y la voluntad del afectado. El presente trabajo se limita de manera deliberada al análisis de la guarda de hecho tal y como se configura en el Código Civil, sin entrar en el estudio de los Derechos civiles forales o especiales, como el aragonés, que cuentan con una regulación específica y autónoma, a fin de mantener un enfoque sistemático y coherente con el Derecho común.

2. La guarda de hecho. Características de la nueva regulación

Centrándonos en la guarda de hecho, como ya apuntábamos, la reforma fortalece esta figura, que pasa a entenderse como un mecanismo jurídico de apoyo. Deja de considerarse algo provisional cuando se confirma que resulta apropiado y eficaz para garantizar los derechos de la persona con discapacidad. Con carácter general, la vida cotidiana no exige en ninguno de sus ámbitos la adopción de grandes decisiones de modo frecuente, por lo que esta medida se considera idónea.

El legislador ha optado por adoptar únicamente los apoyos estrictamente necesarios para garantizar la adecuada protección de las personas con discapacidad, considerando que la medida principal¹³ de apoyo debe ser la guarda de hecho, respondiendo así a una realidad social en este

¹² Entre la doctrina que ha estudiado la institución de la guarda de hecho antes de la reforma de 2021, destacamos los estudios de BERROCAL LANZAROT, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, n. 722, pp. 2844-2874; LECIÑENA IBARRA, *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2015; LESCANO FERIA, *La guarda de hecho*, Dykinson, Madrid, 2017; MORENO QUESADA, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, pp. 307-330; NÚÑEZ MUÑIZ, «La guarda de hecho», *Revista de Derecho Privado*, junio 1999, pp. 428-448; PARRA LUCÁN, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en Díez-PICAZO (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, t. II, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 2481-2509; ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Tecnos, 1986; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, «La guarda de hecho en nuestro Código Civil», *Revista Jurídica del Notariado*, n. 94, 2015, pp. 11-60.

¹³ La doctrina ha destacado el papel predominante de la guarda de hecho. Así, califica a la guarda de hecho como la medida por excelencia en la nueva regulación, POLONIO DE DIOS, «Recorrido jurídico sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, n. 35, 2023, p. 622. También destaca que la guarda de hecho se ha potenciado y fortalecido DONADO VARA, «Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad», en CALAZA LÓPEZ, Sonia (coord.), *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 33, 2022 (Ejemplar dedicado a: *La humanización de la justicia civil de familia*), p.17.

ámbito, ya que, en la mayoría de los casos, es el entorno familiar (padres, hijos, hermanos, cónyuges, convivientes...) quien proporciona asistencia a las personas con discapacidad. Esta actuación será supervisada por el juez, a solicitud del Ministerio Fiscal, de la persona discapacitada o de cualquier otra parte con interés legítimo. El respaldo que puede prestar el guardador de hecho puede llegar a ser tan extenso como el que corresponde a un curador, abarcando un amplio ámbito de apoyos y actuaciones en beneficio de la persona a la que asiste¹⁴.

El legislador parte del respeto y la confianza de la labor del guardador de hecho, de tal forma que esta figura es compatible con otras medidas de apoyo, como pueden ser medidas voluntarias o una curatela, en aspectos no cubiertos por estas. La guarda de hecho es una medida predominante, ya que cuando una persona con discapacidad recibe apoyo de hecho por parte de una persona concreta (generalmente, un familiar) y esta medida es adecuada y suficiente, no será necesario recurrir a otras medidas judiciales.

Lo más destacado de la reforma es el reconocimiento de la guarda de hecho como una medida de apoyo. Esta concepción difiere profundamente de la que el Código Civil definía anteriormente. Ahora se regula como una medida de apoyo legal, estable y con vocación de permanencia, ya que, como hemos anticipado, las medidas judiciales son consideradas subsidiarias, es decir, solo se recurrirá a ellas si la guarda de hecho eficaz no está presente. La reforma refleja la realidad social, en la que es común que sea la familia o persona conviviente más cercana quien preste ese primer apoyo como guardadores de hecho. El legislador desea mantener esta figura de guarda de hecho, al punto de prever que «quien viniera ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente» (artículo 263 CC).

En muchos casos, la persona con discapacidad recibe el apoyo necesario para tomar decisiones y ejercer su capacidad jurídica por parte de un guardador de hecho que suele ser un familiar, ya que la familia sigue siendo el núcleo fundamental de solidaridad y apoyo en nuestra sociedad, especialmente para sus miembros más vulnerables. Por lo tanto, la guarda de hecho es una medida de apoyo que surge de una situación natural, es decir, lo más común es que las personas con discapacidad reciban asistencia de sus familiares más cercanos, como padres, hijos, esposos, convivientes o hermanos. Según esto, cuando una persona con discapacidad necesite asistencia para ejercer su capacidad jurídica como puede ser realizar un trámite administrativo o gestionar algo con su banco, dicha asistencia será proporcionada por su guardador de hecho, es decir, en la mayoría de los casos, el familiar cercano que cumple con esta función en la práctica.

La guarda de hecho, aun cuando tenga vocación de continuidad, no impide que la intervención del guardador sea esporádica y que, con el paso del tiempo, su implicación en la vida de la persona apoyada pueda aumentar. Este planteamiento busca promover la autonomía de la persona con

¹⁴ En cambio, parece que no se le da tanta relevancia a la figura del guardador de hecho en el Código de Derecho Foral de Aragón como se le ha dado en la reforma del Código Civil. Así se opta como medida de apoyo por la curatela en caso de no existir medidas de apoyo voluntarias. Según se desprende del preámbulo de la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código del Derecho Foral de Aragón: «A falta de medidas de apoyo, tomadas por el interesado cuando sabía lo que hacía, de acuerdo con el principio de intervención judicial mínima, el juez podrá adoptar las estrictamente necesarias, proporcionales y revisables. Cuando no sean suficientes las medidas puntuales, lo normal será constituir la curatela, que puede ser de comunicación y acompañamiento, asistencial o con facultades de representación. Puede coexistir con otras medidas o mandatos de apoyo».

discapacidad en la adopción de sus propias decisiones; por ello, según su situación personal y patrimonial, no siempre precisará un acompañamiento constante, sino únicamente intervenciones o apoyos concretos cuando resulten necesarios¹⁵.

El artículo 263 del Código Civil no prohíbe que quien actúa como guardador de hecho inste al órgano judicial que se formalice su labor de apoyo mediante su designación como curador. Con ello, podría continuar realizando las mismas tareas de acompañamiento y representación que ya venía ejerciendo¹⁶. De hecho, la falta de suficiencia de un apoyo informal, como la guarda de hecho, se hace evidente en estos casos en los que la propia persona que lo proporciona reconoce y señala la necesidad de establecer un apoyo formal que, en sus circunstancias particulares, le permita desempeñar de manera más efectiva su función de asistencia y representación.

Como acabamos de ver, con el sistema de provisión de apoyos establecido por la Ley 8/2021, si hay una guarda de hecho que satisface adecuadamente todas las necesidades de apoyo de la persona, en principio, no es necesario crear un apoyo judicial, ya que la guarda de hecho actúa como una forma legal de provisión de apoyos, aunque no requiera un acto formal para su constitución. Sin embargo, es preciso considerar las circunstancias específicas de la persona que necesita apoyo y de quien lo presta de hecho. Aunque está claro que si existe una guarda de hecho que cubre adecuadamente las necesidades de la persona con discapacidad, no se necesita un apoyo judicial, no se puede afirmar de manera rotunda que siempre se excluya esta necesidad en todos los casos.

Como analizamos más adelante, cuando resulte imprescindible que el guardador intervenga en nombre de la persona, se exige que cuente con una autorización judicial concreta. De esta manera, no será necesario iniciar un proceso completo de establecimiento de apoyos; basta con obtener ese permiso puntual tras valorar la situación particular.

La habilitación para actuar como guardador de hecho viene directamente de la ley, no de una declaración judicial¹⁷. No se requiere una designación judicial formal que la persona con

¹⁵ En este sentido, BERROCAL LANZAROT, en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, p. 246; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho», *Revista Jurídica del Notariado*, n. 112, 2021, p. 528; DÍAZ PARDO, «Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio» en PEREÑA/HERAS HERNÁNDEZ (dirs.), NUÑEZ NUÑEZ (coord.), *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, 2022, p. 312.

¹⁶ En el Código de Derecho Foral de Aragón sí se ha previsto expresamente la posibilidad de que el guardador de hecho solicite el nombramiento de curador. Concretamente, el artículo 169-10, que trata la relación con otras medidas de apoyo señala que: «1. La existencia de mandato de apoyo que abarque todos los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica excluye la guarda de hecho, que sí que podrá existir respecto de aquellos apoyos no comprendidos en el mandato y también cuando la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo. 2. Si a la persona con discapacidad se le hubiera nombrado curador, no podrá haber guarda de hecho, salvo que se encuentre en situación de desamparo. 3. El guardador de hecho podrá instar su nombramiento como curador, conforme a lo regulado en este Título».

¹⁷ PÉREZ MONGE en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, p. 263, insiste en la idea de que «el guardador recibe sus facultades de actuación directamente de la ley y que, en caso de que medie resolución judicial al respecto, esta no es constitutiva (no hace nacer) la institución, sino que declara que existía, al tiempo que puede establecer medidas de control o facultades de actuación». Para CORRIPIO GIL-DELGADO, «El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 790, 2022, p. 706, dado que la guarda de hecho se sustenta en la voluntariedad o en la aceptación consciente por parte de la persona asistida, esta figura se sitúa en un punto intermedio entre las medidas de apoyo de carácter voluntario y las de naturaleza legal. Sin embargo, ello no permite concluir que

discapacidad tampoco desea, ya que se fundamenta en la confianza y el apoyo cotidiano. Por lo tanto, puede parecer que exigir la acreditación, formalización o judicialización de la guarda de hecho va en contra de su esencia y no tiene sentido solicitar ningún documento oficial que la establezca. Sin embargo, este carácter de medida informal, ya que la regulación vigente no especifica un procedimiento concreto para establecer o comprobar la existencia de esta guarda de hecho, puede generar como veremos, en ocasiones, inseguridad jurídica.

3. Concepto y requisitos para ser guardador de hecho

3.1. Concepto

Como hemos visto la nueva normativa establecida por la Ley 8/2021 reconoce de forma definitiva la guarda de hecho como una medida de apoyo adicional, e incluso la considera una medida principal. El actual artículo 250 CC prevé que «las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial».

Es más, puede decirse que este artículo establece se establece un orden de preferencia en las formas de apoyo, siempre respetando los criterios de necesidad y proporcionalidad previstos en el artículo 249. En primer lugar, se sitúan las automedidas, medidas de naturaleza voluntaria; a continuación, la guarda de hecho; y, solo cuando estas no resulten suficientes, interviene la autoridad judicial mediante la curatela, ya sea en su modalidad de asistencia o de representación¹⁸.

¿Cuál es, entonces, el concepto de la figura que estamos analizando? Lo cierto es que no encontramos en el Código Civil una definición propiamente dicha¹⁹. Respecto a la guarda de hecho el Código Civil se limita a decir en el artículo 250 párrafo 4º que «La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente». Desde esta perspectiva, la guarda de hecho se configura

configure una forma de representación voluntaria o un mandato implícito, pues constituye un tipo de representación legal, acompañada de obligaciones impuestas por la ley que difieren sustancialmente de las propias de la representación voluntaria.

¹⁸ En el Anexo I del documento definitivo del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) se establece que «En todo caso, el orden de prelación de las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad será el siguiente:

En primer lugar, hay que atender a las medidas voluntarias establecidas por el propio interesado.

En segundo lugar, a falta de medidas voluntarias, a la guarda de hecho.

Y, en tercer lugar, cuando no existan medidas voluntarias o las existentes sean insuficientes, y siempre que no haya una guarda de hecho que cubra las necesidades de la persona con discapacidad, procederá la provisión judicial de apoyo». En este sentido se manifiesta, entre otras, la SAP Álava, de 17 de enero de 2023, (ECLI:ES:APVI:2023:32).

¹⁹ ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, 1986, p. 33, critica la regulación escueta en el Código Civil antes de la reforma. FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, p.7, también parte en su análisis de la ausencia de definición legal, distinguiendo un aspecto positivo, que es la asunción de algún deber de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz; y uno negativo, que sería la inexistencia de un específico deber de protección, establecido por el ordenamiento jurídico. De modo excluyente, identifica como guarda de hecho todo modo de guarda continuada, personal o patrimonial, que no se constituya como patria potestad, tutela o curatela y que, por su carácter fáctico, permite todas las posibilidades, de modo que el guardador podría asumir funciones propias del tutor o del curador.

con una vocación subsidiaria o complementaria a cualquier otra forma de apoyo, voluntaria o judicial, en defecto de estas o cuando no cubran todas las necesidades de la persona. Como hemos visto, siguiendo esta misma línea, el artículo 263 CC señala que en caso de que existan otras medidas de apoyo, ya sean voluntarias o judiciales, estas tendrán prioridad sobre la guarda de hecho, a menos que no se estén aplicando de manera eficaz.

Más completa es la definición que encontramos en el artículo 225.1 del Código Civil Catalán que señala que «es guardadora de hecho la persona física o jurídica que cuida de un menor o de una persona en quien se da una causa de incapacitación, si no está en potestad parental o tutela o, aunque lo esté, si los titulares de estas funciones no las ejercen».

Encontramos también definición de la figura estudiada en la Ley 3/2024, de 13 de junio, de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas. El artículo 169-9 define al guardador de hecho como «la persona física o jurídica que por iniciativa propia presta los apoyos precisos a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica con ánimo de permanencia»²⁰.

La propuesta de la Asociación de Profesores de Derecho Civil en el artículo 180-1 define la guarda de hecho como «la situación en la que apoyo y cuidado de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de la persona necesitada de protección es ejercida por una persona física o jurídica sin mandato expreso judicial o de la persona guardada»²¹.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado²² define la guarda de hecho como «aquella situación en la que una persona asume funciones de protección respecto de un menor de edad o de un incapaz sin que concurra un específico deber establecido por el ordenamiento jurídico».

²⁰ Acerca de la figura de la guarda de hecho en la ley aragonesa, *vid.* LÓPEZ AZCONA, «El sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley aragonesa 3/2024, de 13 de junio», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 23, 2025, pp. 123-125. El Código de Derecho Foral de Aragón regula pormenorizadamente en el artículo 169-12 el régimen jurídico del guardador de hecho «1. La actuación del guardador de hecho comprende el acompañamiento, el cuidado y la asistencia que la persona con discapacidad necesite tanto en aspectos personales como patrimoniales. 2. En el ámbito patrimonial, el guardador de hecho podrá realizar actos de administración, incluyendo la disposición de dinero para los gastos ordinarios, así como también actos de disposición de escasa importancia en relación con su patrimonio. 3. En el ámbito personal, asistirá a la persona con discapacidad en la toma de decisiones y, en el sanitario, estará legitimado para obtener información de la persona con discapacidad y para prestar el consentimiento que exige la ley si el paciente no puede darlo. 4. Tanto en el orden personal como patrimonial, el guardador de hecho podrá solicitar y gestionar las prestaciones asistenciales o ayudas de cualquier tipo en beneficio de la persona con discapacidad. 5. La realización de los actos comprendidos en los apartados anteriores comporta, frente a terceros, la necesaria representación legal y no requiere autorización o aprobación de la Junta de Parientes o del Juez. 6. Cuando se requiera la actuación representativa del guardador de hecho para llevar a cabo actuaciones personales o patrimoniales no comprendidas en los párrafos anteriores, deberá obtener autorización previa o, en su caso, aprobación posterior de la Junta de Parientes o del Juez y se dará audiencia a la persona con discapacidad. La autorización o aprobación podrá comprender uno o varios actos necesarios para el adecuado ejercicio de la función de apoyo».

²¹ En la doctrina LESCANO FERIA, *La guarda de hecho*, 2017, p. 32 ha recopilado las distintas definiciones doctrinales de esta institución y por su parte, define la guarda de hecho como «aquella situación por la cual una persona de forma voluntaria, estable y permanente con carácter general y continuado, sin nombramiento judicial ni administrativo, ni deber legal de cuidado asume funciones tuitivas respecto de menores, incapaces no incapacitados e incapacitados necesitados de protección».

²² *Vid.* Circular 8/2021 de la Fiscalía General del Estado sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, p. 1809.

De todo lo anterior se desprende que el guardador de hecho es la persona que preste de manera continuada y efectiva el apoyo y la asistencia cotidiana a una persona con discapacidad, en aspectos personales o patrimoniales específicos en los que necesite ayuda. Estas áreas pueden ser muy diversas, como por ejemplo, personales, relativas al cuidado personal, la higiene, el mantenimiento del hogar, la compra de alimentos; o bien, patrimoniales, enfocadas en gestiones legales y económicas, como pagar impuestos, solicitar ayudas o subvenciones, realizar trámites bancarios, entre otros.

En cualquier caso, aunque la figura del guardador de hecho ha adquirido un mayor protagonismo al reforzarse su papel como medida de apoyo, se percibe cierta carencia en la reforma legislativa, ya que no se ha aprovechado la ocasión que proporcionaba la reforma introducida por la Ley 8/2021 para incorporar en el Código Civil una definición precisa y una regulación más completa de esta figura. Se ha perdido la oportunidad de desarrollar plenamente su potencial como instrumento eficaz de apoyo y protección para personas con discapacidad²³. Estimamos oportuno promover una modificación legislativa que dote a dicha institución de un concepto legal claro, sistemático y coherente con el nuevo régimen de apoyos a las personas con discapacidad, garantizando así una mayor seguridad jurídica y uniformidad en su aplicación.

3.2. Requisitos para ser guardador de hecho

Algunos elementos que deben ser tenidos en cuenta para la determinación de la condición de guardador de hecho son la existencia de una relación de confianza, la asistencia habitual y el desempeño de funciones de apoyo.

Generalmente, como ya se ha puesto de manifiesto, el guardador de hecho será un familiar cercano del discapacitado, como padres, hijos, esposo, conviviente o hermanos. Sin embargo, también es posible que la función de guardador sea asumida por otras personas ajenas al núcleo familiar directo, como familiares más lejanos, amigos, vecinos, entre otros.

Aunque en el caso de la guarda de hecho el Código Civil no lo señala de forma expresa, se entiende, por analogía con lo previsto en el artículo 275 para el ejercicio de la curatela, que también el guardador de hecho debe ser mayor de edad. En cuanto a las demás causas previstas dicho precepto que impiden ser curador²⁴, aunque por analogía y por lógica deberían aplicarse, hay que considerar la falta de nombramiento y control previo.

²³ En este sentido, coincidimos con la postura de BERROCAL LANZAROT, en *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, p. 297 y ALBA FERRÉ, «El reconocimiento de la guarda de hecho como medida de apoyo informal», en LASARTE ÁLVAREZ/JIMÉNEZ MUÑOZ (coords.), *La reforma en favor de las personas con discapacidad*, 2023, p. 223.

²⁴ Dice el precepto: «2. No podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. 3. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona».

Además, aunque el Código Civil no lo diga expresamente, la guarda de hecho puede ser desempeñada por varias personas al mismo tiempo (por ejemplo, por ambos padres del discapacitado o por varios de sus hermanos). Son muchas las sentencias en las que la guarda de hecho en cuestión es solidaria y se mantiene esta medida²⁵. A diferencia del Código Civil que tampoco ha regulado expresamente esta cuestión, el Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas regula en su artículo 169-11 la guarda de hecho plural. «1. La guarda de hecho de las personas con discapacidad podrá ser ejercida simultáneamente por ambos progenitores respecto de sus hijos mayores o por varios hermanos respecto de sus progenitores o hermanos. 2. Los guardadores de hecho podrán actuar de manera conjunta o separada, según lo hayan acordado. 3. Respecto del tercero de buena fe, se presumirá que cada guardador actúa en el correcto ejercicio de sus funciones». Por tanto, se atiende en todo caso a lo pactado, si bien se prevé una presunción de actuación solidaria y no mancomunada respecto de terceros.

Ante la ausencia de una definición expresa en el Código Civil, proponemos la siguiente formulación: Tendrá la consideración de guardador de hecho la persona mayor de edad que, encontrándose en pleno ejercicio de sus facultades físicas, mentales y volitivas, preste de manera continuada y efectiva el apoyo y la asistencia cotidiana a una persona con discapacidad. Tal función podrá ser asumida, con carácter ordinario, por un familiar próximo (incluidos ascendientes, descendientes, cónyuge, conviviente de hecho o hermanos), sin perjuicio de que también pueda recaer en otros parientes más lejanos, así como en personas no integradas en el núcleo familiar directo, tales como amigos, vecinos u otros allegados que mantengan una relación de confianza y auxilio con la persona asistida. La guarda de hecho podrá ejercerse por una única persona o, cuando las circunstancias lo aconsejen, por varias de manera solidaria.

4. Guarda de hecho de las personas con discapacidad. Modalidades

En la nueva normativa se aprecia un claro desdoblamiento en el tratamiento jurídico de la figura del guardador de hecho. Así, por una parte, y de forma sucinta, los artículos 237 y 238 del Código Civil se ocupan de la guarda de hecho respecto de los menores. Por otra, mediante una regulación algo más desarrollada y sistemática, los artículos 263 a 267 abordan el régimen aplicable al guardador de hecho de la persona con discapacidad.

Debido a la extensión del presente trabajo, circunscribiremos nuestro análisis exclusivamente al análisis de la guarda de hecho referida a las personas con discapacidad. A continuación analizaremos las dos formas principales en las que se puede ejercer la guarda de hecho: guarda asistencial o representativa²⁶.

²⁵ Un ejemplo de lo anterior se observa en el caso resuelto por la SAP Castellón, de 16 de septiembre de 2022, (ECLI:ES:APCS:2022:1106), en el que la guarda de hecho fue ejercida no solo por uno de los hijos, sino también por el esposo y los otros hijos. En el caso resuelto por la SAP Cádiz, de 27 de mayo de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:929) también se consideró suficientemente acreditado que Dña. Lara contaba con apoyo suficiente a través de la guarda de hecho ejercida por sus hijos.

²⁶ GOMÁ LANZÓN, «El guardador de hecho: experiencia notarial tras cuatro años de la Ley 8/2021», *El notario del siglo XXI*, n° 124, 2025, pp. 60-63, desarrolla su exposición basándose en la afirmación de que «No hay una clase de guardador de hecho, sino dos, asistencial y representativo, a los que se aplican preceptos diferentes del Código Civil». En el mismo sentido, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, «La guarda de hecho y su régimen de funcionamiento de la Ley 8/2021», *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 3, 2025, pp. 1000 ss. distingue entre guarda asistencial y representativa.

4.1. Guarda de hecho asistencial

La guarda asistencial comprende aquellos supuestos en los que la persona con discapacidad requiere apoyos habituales para el desarrollo ordinario de su vida diaria, sin que resulte necesaria la adopción de medidas de carácter representativo. En esta guarda hecho asistencial además de proporcionar asistencia en las actividades en las que la persona con discapacidad requiere apoyo, se le ofrece acompañamiento en su «proceso de toma de decisiones informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias» (artículo 249.2 Código Civil). En estos casos es el discapacitado quien realiza la actuación, asistido del guardador. Por ejemplo, el supuesto de una persona mayor que adolece de una demencia senil incipiente, pero que aún conserva cierto nivel de comprensión de la realidad, y necesita firmar un préstamo o un depósito a plazo en su banco. Esta persona, acompañada por su guardador, puede realizar trámites administrativos o ante una entidad bancaria, con el apoyo de éste, quien le explica los detalles.

Al referirse a la guarda de hecho se pueden distinguir dos momentos o planos diferenciados. En primer lugar, cabe aludir a la guarda de hecho en sentido estricto, entendida como una situación de cuidado o asistencia puramente fáctica, carente de una regulación normativa que predetermine su modo de ejercicio, y a la que el ordenamiento se limita a anudar determinadas consecuencias jurídicas en beneficio de la persona guardada. En segundo término, debe considerarse la situación que se produce cuando dicha guarda es puesta en conocimiento de la autoridad judicial, pues desde ese instante deja de tratarse de una mera realidad de hecho para adquirir rasgos que la aproximan a las instituciones de apoyo reguladas, en las que el control judicial constituye un elemento esencial. Ello plantea, inevitablemente, la cuestión relativa a la posible aplicación analógica del régimen jurídico previsto para los cargos tutelares a esta modalidad de guarda²⁷.

El objetivo es mejorar la vida de las personas con discapacidad y hacer más ágiles y menos judicializadas las funciones diarias de gestión del guardador de hecho porque se supone que los actos cotidianos de la vida diaria de una persona con un patrimonio normal no van a requerir por lo general de una actuación representativa en la que se sustituya al discapacitado. En consecuencia, la guarda de hecho se concibe principalmente como una función de apoyo y acompañamiento. Sin embargo, en situaciones excepcionales en las que sea imprescindible, se podrá autorizar que quien ejerce esa guarda actúe en representación de la persona.

4.2. Guarda de hecho representativa

La guarda representativa se refiere a casos en los que la persona con discapacidad padece dificultades más severas o un mayor deterioro cognitivo, lo que requiere que su guardador actúe en su nombre, siempre respetando su voluntad, preferencias y deseos. Un ejemplo de esto sería una persona que ha sido diagnosticada con Alzheimer en estado avanzado y se ha convertido en una persona completamente dependiente, que incluso ha perdido la capacidad de reconocer a familiares cercanos. En este caso, si la persona necesita efectuar un reintegro bancario para hacer las compras de la semana, dado su estado físico y psíquico, es su guardador de hecho el que acude al banco para realizar esta gestión en su nombre, ya que la persona no tiene la capacidad de hacerlo por sí misma.

²⁷ FÁBREGA RUIZ, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, p.7.

En relación con la guarda de hecho de carácter representativo, el artículo 264 del Código Civil establece, con carácter general, que el ejercicio de facultades representativas por parte del guardador de hecho exige la previa autorización judicial. En todo caso es obligatorio obtener autorización judicial para los actos mencionados en el artículo 287 del Código Civil, los cuales también requieren la autorización del curador cuando ejerza funciones representativas. Ahora bien, en el párrafo tercero del artículo 264 se da la posibilidad al guardador de hecho para que ejerza determinadas funciones representativas que van implícitas en su condición de guardador de hecho. A continuación, analizamos cada una de estas situaciones.

a. *Actuación directa sin necesidad de autorización judicial*

Conforme a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 264 CC «no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo de la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar». El legislador atribuye en estos supuestos funciones representativas implícitas al guardador por razón de su condición.

Esta disposición legal otorga una autorización establecida por la propia ley, se puede decir que se trata una representación automática por la ley (*ex lege*) que permite que el guardador realice las acciones necesarias para satisfacer las necesidades básicas de la persona con discapacidad, incluyendo la gestión de los recursos económicos necesarios²⁸. Así, toda persona que obstaculice el ejercicio de dichas funciones en nombre de la persona asistida incurre en un incumplimiento directo de la ley²⁹.

Las funciones del guardador de hecho como medida de apoyo pueden extenderse a diversos ámbitos, como la solicitud de recursos sociales, pensiones, plazas en residencias, centros de día, asistencia a domicilio, inscripción en centros educativos o de formación profesional, así como trámites bancarios, entre otros³⁰. Y es en el terreno práctico donde pueden surgir varios problemas en su ejercicio efectivo.

Una importante dificultad es la acreditación de la condición de guardador de hecho. Se ha sugerido la posibilidad de presentar el libro de familia, una certificación del padrón u otros

²⁸ SAP Cádiz, de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2420).

²⁹ Compartimos la opinión de TORRES COSTA, (24 de abril de 2023), «La guarda de hecho y el necesario cambio de mentalidad de los bancos», *Hay Derecho*, (<https://www.hayderecho.com/2023/04/24/la-guarda-de-hecho-y-el-necesario-cambio-de-mentalidad-de-los-bancos/>).

³⁰ En este sentido, en las SSAP Castellón, de 16 de septiembre de 2022, (ECLI:ES:APCS:2022:1106) y Cádiz, de 11 de noviembre de 2022 (ECLI:ES:APCA:2022:2420) se reconoce que su papel es reconocido en distintos contextos y, «en el ámbito de la salud, se le equipara al “cuidador principal”, “allegado” o “persona vinculada por razones familiares o de hecho” (arts. 5.3 y 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía personal y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y ANEXO III. apartado 7.7 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización). Las peticiones de auxilio a las FFCCSE por parte de guardadores de hecho ante agitaciones, incidentes, altercados familiares de la persona con discapacidad o trastorno mental, tienen amparo en el marco del art 11.1 LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado».

documentos similares. Analizaremos en nuestro estudio en profundidad este aspecto más adelante.

Otro problema lo constituye el límite de los actos que puede realizar el guardador. Nos encontramos con que el legislador al enumerar en el artículo 264 párrafo tercero los actos que no necesitan autorización judicial introduce tres conceptos jurídicos indeterminados:

En primer lugar, en el terreno personal, «el guardador de hecho solo podrá solicitar una prestación económica para la persona con discapacidad, siempre que esta no implique un cambio significativo en su estilo de vida». ¿Cuándo suponen un cambio importante en el estilo de vida?

En segundo lugar, en el terreno patrimonial, se le permite al guardador realizar todas aquellas operaciones que no superen el límite de una «escasa relevancia económica». Pero, ¿qué significa «escasa relevancia económica»?

Por último, en el ámbito patrimonial, cuando realice actos jurídicos sobre los bienes de la persona que no tengan un gran significado personal o familiar. ¿Cuándo no tienen un significado personal o familiar especial? ¿A qué se está refiriendo el legislador con esta expresión?

En estos casos, como ocurre con frecuencia en el ámbito jurídico, nos encontramos ante conceptos jurídicos indeterminados; esto significa que la norma regula la cuestión de manera que no es posible deducir de forma clara y directa cuál es su alcance exacto. Al introducir términos jurídicos vagos como “cambio significativo en el estilo de vida”, “escasa relevancia económica” o “carencia de especial significado personal o familiar” se pueden plantear muchas situaciones en las que no se sabe cuál va a ser la acogida del interlocutor. Por ejemplo, ¿El gerente de un banco permitirá que el guardador de hecho retire dinero de una cuenta que está únicamente a nombre de la persona con discapacidad? ¿El médico aceptará que dicho guardador firme el consentimiento informado para realizar una intervención quirúrgica? ¿O para pruebas médicas rutinarias como una colonoscopia, una resonancia magnética u otras similares? ¿Bastará con presentar el poder, o surgirán dudas al comprobar el estado mental del discapacitado?

En la SAP Álava, de 17 de enero de 2023 (ECLI:ES:APVI:2023:32) encontramos unos criterios acertados que contribuyen de manera significativa a precisar y delimitar los actos en los que no se considera necesaria la autorización judicial:

«1) En la obtención y renovación de DNI o pasaporte y obtención de un certificado digital electrónico de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, a fin de poder realizar gestiones telemáticas en las que sea precisa la utilización de tal medio de identificación y firma.

2) En la toma de decisiones de contenido económico, educativo, así como, gestión, administración y disposición ante la entidad bancaria en la que (...) tenga abierta una cuenta corriente.

3) En las solicitudes de actos médicos, toma de decisiones y en su caso suscripción del consentimiento informado para la realización de intervenciones médicas.

4) En cualquier acto ante la Administración y Tribunales, y en general, en cualquier acto de gestión de los intereses ordinarios de (...) ante la Administración y Tribunales».

Debe citarse aquí el «Protocolo marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario», suscrito por la Fiscalía General del Estado junto con la Asociación Española de Banca (AEB), la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC), con la participación del Banco de España como observador. Para la delimitación de los actos a realizar sin autorización, es muy esclarecedor el Documento Interpretativo de este Protocolo, de 19 de julio de 2023³¹, en el que se proporcionan criterios para establecer los límites de las facultades representativas del guardador de hecho en el ámbito económico y patrimonial.

El mencionado documento interpreta el límite de «escasa relevancia económica», concepto jurídico indeterminado al que se le da la concreción práctica que requiere. En este sentido, compartimos la opinión de que de la interpretación sistemática del conjunto normativo lleva a un enfoque amplio de dicho límite, ya que, de adoptarse una postura restrictiva, se dejaría un margen de actuación muy limitado para el guardador, lo cual entraría en clara contradicción con los principios generales de la reforma.

Ya hemos visto que la legislación actual ha establecido la guarda como la primera alternativa al apoyo judicial, en caso de no existir apoyos voluntarios³² formalizados mediante escritura pública (poderes, mandatos). Una interpretación que llevara a judicializar todas las acciones cotidianas y naturales del guardador iría en contra de este principio. Por lo tanto, en términos de buenas prácticas, el documento entiende que el ámbito definido por el concepto de «escasa relevancia económica» incluye todas las acciones relacionadas con la gestión de los ingresos y gastos ordinarios y habituales del guardado, conforme a su trayectoria de vida. También abarcaría la atención a gastos no habituales que surjan de la conservación de los elementos necesarios para satisfacer sus necesidades cotidianas.

En este sentido, no hay dificultades para clasificar como tales «los gastos y disposiciones finalistas que respondan a cargos habituales en cuenta o contra factura por tratarse de la atención de necesidades básicas de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación ordinaria de su patrimonio en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; finalmente, otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran consolidado en su trayectoria anterior siempre que sean acordes a sus medios y posibilidades»

Por lo que respecta a las disposiciones de efectivo no finalistas (retiradas de dinero efectivo, transferencias, etc. sin un propósito específico y verificable de antemano), el documento que estamos analizando, con buen criterio y como medida de protección debido a que el guardador de hecho no suele rendir cuentas judiciales sobre su gestión, considera que es fundamental establecer límites cuantitativos de referencia como una buena práctica. «A tal efecto, son útiles, como pautas o cuantificaciones orientativas, las que resultan de los índices estadísticos oficiales

³¹ <https://s2.aebanca.es/wp-content/uploads/2023/07/documento-interpretativo-al-protocolo-marco-entre-fge-y-asociaciones-bancarias-.pdf>

³² Acerca de las medidas de apoyo voluntario vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Las medidas voluntarias de apoyo», en DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 2022*, pp.107-142.

relativos a gasto medio por persona y/u hogar que periódicamente publica el Instituto Nacional de Estadística (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). El establecimiento de esas referencias no obsta a su flexibilización en razón de las circunstancias —medios y necesidades— del caso concreto». Por consiguiente, por lo que se refiere a la disposición de dinero de la cuenta bancaria del discapacitado puede resultar esclarecedor acudir a los datos que proporciona el Instituto Nacional de Estadística (INE)³³.

Si se superan los límites establecidos para la actuación de «escasa relevancia económica», tal como se ha interpretado en el documento, cualquier otra acción representativa del guardador deberá contar con la autorización judicial previa, según el artículo 264.1 del Código Civil. Esto es especialmente aplicable en los casos concretos mencionados el artículo 287 de la misma norma.

A pesar de sus buenas intenciones y acertados criterios, este Protocolo marco no tiene carácter vinculante en sentido estricto: se trata de un instrumento de cooperación interinstitucional destinado a armonizar criterios, difundir buenas prácticas y facilitar la adaptación de la operativa bancaria a la Ley 8/2021 en materia de discapacidad, pero no impone obligaciones legales directas a las entidades. Su eficacia depende, por tanto, de la voluntad de las partes, de la labor del grupo de trabajo constituido para su seguimiento y de la adaptación voluntaria de los procedimientos internos de las entidades bancarias a las pautas consensuadas. Esa naturaleza no vinculante y ciertos aspectos de su redacción han sido objeto de críticas prácticas desde distintos sectores. Por un lado, los propios informes interpretativos elaborados en torno al protocolo (como el Documento interpretativo actualizado en mayo de 2025) reconocen que la ausencia de fuerza ejecutiva propia del protocolo limita su alcance más allá de un marco de diálogo y coordinación, especialmente en contextos complejos como la acreditación de la guarda de hecho o la operativa con poderes de gestión bancaria. También, en la doctrina, PEREÑA afirma que, pese a ser una iniciativa digna de elogio y acertar en la aclaración de algunos aspectos prácticos, también el documento interpretativo del Protocolo viene a consagrar conceptos que exigen una interpretación en cada caso concreto como cuando se refiere a «gastos ordinarios y habituales del guardado con arreglo a su trayectoria vital» o «gastos y disposiciones finalistas» y la cuestión, que no se resuelve, es quién y cómo hará esa interpretación o valoración de qué entra en ellos³⁴. Por último, el carácter no vinculante ha generado una aplicación desigual o apenas perceptible en la práctica desde su firma en 2023. La escasa aplicación práctica del protocolo también se observa en la falta de referencias generalizadas en ejercicios de supervisión bancaria o en estadísticas de protección de clientes con discapacidad: los informes oficiales sobre cumplimiento normativo y atención a clientes vulnerables del Banco de España y otras autoridades de supervisión no han venido a mostrar cambios sustanciales atribuibles al protocolo más allá de la existencia de un canal de cooperación formal.

El fortalecimiento de la guarda de hecho como medida de apoyo, y la consiguiente reducción de la intervención judicial, resulta una opción plenamente justificada. Nos parece muy acertado que se simplifiquen los trámites y no sea preciso obtener autorización judicial en estos supuestos del artículo 264, sin embargo, esta desjudicialización debe ir acompañada de mecanismos que permitan acreditar de forma clara la condición de guardador. De lo contrario, será difícil que la

³³ Según los datos más recientes en 2024, el gasto medio por persona en España se situó en 14.807 euros.

³⁴ PEREÑA VICENTE, «La guarda de hecho. Incógnitas que plantea la nueva regulación de la guarda de hecho: su acreditación, mucho más que una cuestión de prueba», en MUÑOZ RODRIGO/ BUENO BIOT (coords); DE VERDA Y BEAMONTE/ CARAPEZZA FIGLIA (dirs.), *Entre persona y familia*, 2023, p. 97.

persona que ejerce la guarda pueda intervenir en nombre de la persona con discapacidad en los actos previstos en el artículo 264.III del Código Civil. Aunque estos actos suelen tener un bajo valor económico (motivo por el cual no requieren autorización judicial), pueden tener una relevancia práctica considerable en la vida cotidiana. Hubiera sido deseable que el legislador hubiese concretado más cada uno de los supuestos que exime al guardador de la obligación de solicitar autorización judicial.

Igualmente hubiera sido deseable una regulación más detallada sobre la revisión, control y fiscalización de estos actos para evitar perjuicios a la persona discapacitada. En cuanto a las medidas de fiscalización, de forma genérica y poco detallada se prevé en el artículo 265 CC³⁵ que «A través de un expediente de jurisdicción voluntaria, la autoridad judicial podrá requerir al guardador en cualquier momento, de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado, para que informe de su actuación, y establecer las salvaguardias que estime necesarias. Asimismo, podrá exigir que el guardador rinda cuentas de su actuación en cualquier momento».

b. *Actuación con autorización judicial*

Como hemos mencionado, el guardador de hecho, en algunos casos, se limitará a asistir (acompañar) al discapacitado, mientras que en otros, actuará de forma representativa, es decir, asumiendo el papel del discapacitado y realizando el acto en su nombre, sin que este participe directamente en el proceso. Fuera de los casos en los que se admite la representación directa, por entender que forman parte de la gestión patrimonial cotidiana, en los restantes casos de actuación representativa los riesgos son mucho mayores, ya que existe el peligro de que el guardador de hecho, actuando de manera intencionada y aprovechándose de la vulnerabilidad del discapacitado, pueda realizar acciones que perjudiquen los derechos e intereses legítimos de la persona bajo su cuidado. Para evitar estos supuestos, la ley establece límites en los ámbitos y circunstancias en los que el guardador de hecho puede actuar de manera representativa.

El artículo 264 califica como excepcional la autorización judicial para el ejercicio de funciones representativas por parte del guardador de hecho. Se analizará casuísticamente de forma que «la autorización judicial se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad», teniendo en cuenta los términos y los requisitos adecuados a las circunstancias del caso.

Se trata de una intervención judicial puntual que se activa cuando la guarda de hecho resulta insuficiente para el adecuado desempeño de dichas funciones (artículo 255 último párrafo), actuando, por tanto, como un mecanismo complementario. En consecuencia, siempre que, de manera excepcional, sea preciso que el guardador de hecho actúe con carácter representativo en supuestos concretos, deberá obtener la autorización correspondiente mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria establecido a tal efecto.

Esta autorización judicial deberá ser ejercitada de conformidad con «la voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad. Para ello, como dispone el artículo 264 CC, es

³⁵ BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, *Revista jurídica valenciana*, n. 41, 2023, p.110, critica el alto intervencionismo al que está sometido el guardador de hecho: «El guardador, a pesar de no ostentar ningún tipo de responsabilidad, sí está sometido a supervisión constante, asunto, a todas luces, que peca de incoherencia y demuestra que sus funciones están revestidas de una seriedad mayor que la que el legislador le atribuye. Este control, además, es desproporcionado y excesivo si se tienen en cuenta las capacidades del guardador».

fundamental oír a la persona con discapacidad, para valorar el caso concreto teniendo en cuenta que debe preservarse su voluntad en la medida en la que ello sea posible.

Asimismo, aunque no lo diga expresamente el artículo 264 CC, para tomar una decisión en cuanto a la autorización, en la práctica se suele tener en cuenta un informe pericial, que, en función del grado de discapacidad, ponga de relieve las distintas habilidades³⁶ del discapacitado.

Cuando el guardador de hecho acuda al órgano judicial para solicitar autorización para actuar en representación de la persona con discapacidad en uno o varios actos concretos, deberá también acreditar su condición de guardador de hecho, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Como se ha indicado, las facultades representativas del guardador de hecho se encuentran notablemente limitadas, con el fin de evitar eventuales situaciones de abuso o fraude en perjuicio de la persona asistida. Esto se refuerza con la limitación legal adicional del artículo 264 del Código Civil, que establece que la autorización judicial es preceptiva para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil, los cuales también requieren la autorización del curador cuando ejerza funciones representativas³⁷.

Como puede verse, la guarda de hecho se formaliza en expediente de jurisdicción voluntaria cuando se requieren estas funciones representativas. Se ha llegado a afirmar que por ello se pasa de ser guardador de hecho a guardador de derecho³⁸. Ello ha suscitado críticas de cierto sector de

³⁶ Vid. SAP Álava, de 21 de abril de 2023, (ECLI:ES:APVI:2023:68A).

³⁷ Estos actos son los siguientes:

«1º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria».

³⁸ BERROCAL LANZAROT, *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, p. 247. De la misma opinión a ZAERA NAVARRETE, «La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad: Su conversión en guarda de derecho», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, n. 1, 2025, pp. 352 y 365.

la doctrina que considera que no resulta precisamente afortunado el término guarda de hecho³⁹ y que califican la fórmula «guarda de derecho» como algo desconcertante, aunque ello no debe inducir a error: se trata, en esencia, de una medida de apoyo que mantiene su naturaleza espontánea e informal. Lo que se quiere resaltar es que se trata de una medida de apoyo estable y prioritaria⁴⁰.

5. Conflictos de intereses en supuestos de guarda de hecho

Con la reforma se incorporan previsiones específicas dirigidas a evitar que las personas que prestan asistencia a una persona con discapacidad en el marco de una relación contractual puedan asumir de forma indebida la condición de guardador de hecho o ejercer apoyos para los que no están facultadas. En esta línea, el último párrafo del artículo 250 del Código Civil establece que no podrán ejercer medidas de apoyo quienes presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que los precisa, reforzando así las garantías frente a eventuales conflictos de intereses⁴¹.

Interpretando este artículo, en el Anexo I del documento definitivo del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) se puntualiza que cuando una persona que reside en un centro residencial no cuenta con otra medida de apoyo establecida (por ejemplo, un guardador de hecho que se ocupe de aspectos personales), el ejercicio de la guarda de hecho que pueda estar funcionando requerirá garantías adicionales. En estas situaciones, será necesario establecer mecanismos de supervisión y control sobre cómo se ejerce dicha guarda. Además, si es preciso llevar a cabo un acto jurídico para el cual la persona con discapacidad (que vive en ese centro o uno similar) necesita apoyo, dicho acto deberá ser realizado a través de un defensor judicial, nombrado específicamente para ese fin⁴².

Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella. El artículo 295.5° del Código Civil señala que «Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad (...) Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente».

³⁹ BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, «La guarda de hecho. El ejercicio de hecho de un derecho», *Revista jurídica valenciana*, n. 41, 2023, p.94.

⁴⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, en «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado*, n. 115, 2022, p. 31 y en «La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia», *Diario La Ley*, n. 10168, 2022.

⁴¹ Para PÉREZ MONGE, en *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, p. 269, «el Proyecto excluye del ejercicio como guardador de hecho a quienes presten servicios asistenciales en el art. 250.6. En los supuestos en que la guarda funciona bien, puede tratarse de un obstáculo. Sin embargo, probablemente se trata de evitar abusos. De *lege ferenda*, quizá convendría suprimirlo porque en todos los casos que la guarda de hecho cubre las necesidades de la persona puede provocar problemas de gestión esta provisión, y se podrían prever revisiones periódicas».

⁴² Acerca del defensor judicial tras la nueva reforma, vid. TORAL LARA, «El defensor judicial de las personas con discapacidad», en DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, 2022, pp. 299-337.

De acuerdo con la interpretación del mencionado Anexo I, cuando un órgano judicial tenga conocimiento de una situación comprendida en el supuesto previsto por la norma, resultará aconsejable valorar la necesidad de adoptar alguna medida de salvaguarda. Con carácter general, cada caso de guarda de hecho sometido a conocimiento judicial deberá ser examinado individualmente. Si se advierten deficiencias en su ejercicio que no justifiquen la imposición de apoyos complementarios o sustitutivos, o si se detectan conflictos en torno a su funcionamiento que, aun sin afectar gravemente al desenvolvimiento cotidiano de la persona con discapacidad, requieran una intervención mínima, podrá considerarse oportuno establecer salvaguardas destinadas a garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Asimismo, en los supuestos en los que se autorice al guardador de hecho para actuar en representación de la persona con discapacidad, será igualmente recomendable prever mecanismos de control que permitan verificar la correcta ejecución del acto autorizado y asegurar que su resultado se ajuste al interés de la persona asistida⁴³.

Por último, destacar que la guarda de hecho, al ser una medida de apoyo, está sujeta a las salvaguardas legales establecidas en el artículo 251 del Código Civil, las cuales funcionan como prohibiciones. El artículo 250 del Código Civil configura la guarda de hecho como una medida de apoyo más, integrada plenamente en el sistema diseñado tras la Ley 8/2021. No se trata, por tanto, de una situación puramente fáctica ajena al ordenamiento, sino de una figura jurídicamente reconocida, a la que el legislador atribuye efectos y relevancia normativa. Desde esta perspectiva, resulta coherente entender que las reglas generales aplicables a las medidas de apoyo, y en particular las salvaguardas destinadas a proteger a la persona con discapacidad frente a abusos o conflictos de intereses, sean también predicables de la guarda de hecho, con independencia de su carácter informal.

El artículo 251 CC establece una serie de limitaciones a la actuación de quienes prestan apoyo, prohibiendo determinados actos que, por su naturaleza, pueden comprometer la posición jurídica o patrimonial de la persona con discapacidad. Estas salvaguardas responden a una finalidad preventiva, orientada a evitar situaciones de abuso, captación de beneficios indebidos o instrumentalización de la vulnerabilidad. Dado que el guardador de hecho actúa en una posición de proximidad y confianza, con una capacidad real de influencia sobre la persona asistida, no debe excluirse del ámbito de aplicación de tales límites. Antes al contrario, la ausencia de control judicial ordinario refuerza la necesidad de que su actuación quede sujeta a prohibiciones legales claras y objetivas.

Según el artículo 251 CC, no resulta admisible que el guardador de hecho acepte liberalidades provenientes de la persona asistida o de sus sucesores mientras su actuación no haya sido objeto de aprobación definitiva, salvo en el caso de obsequios habituales o de escaso valor. Del mismo modo, queda vedado el desempeño de funciones de apoyo en aquellos actos en los que el propio asistente intervenga por cuenta propia o representando a un tercero cuando concurra un conflicto de intereses. Igualmente, se prohíbe la adquisición onerosa de bienes pertenecientes a

⁴³ Conforme al Anexo I del documento definitivo del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201). «Por tanto, la autoridad judicial en cada caso deberá constatar, en primer lugar, si existe una guarda de hecho, y en el caso de que así sea habrá de valorar: si procede respetar dicha guarda por ser adecuada y suficiente, sin perjuicio de acordar en su caso salvaguardas que garanticen su adecuación y suficiente; o bien complementarla con una medida judicial de apoyo para alguna esfera concreta en la que la guarda de hecho no viene actuando o no es suficiente o adecuada; o si se sustituye totalmente por una medida judicial de apoyo».

la persona que precisa el apoyo, así como la transmisión, también a título oneroso, de bienes propios a favor de dicha persona.

El principio de proporcionalidad, que informa todo el sistema de apoyos, exige que la reducción de formalidades se compense con límites materiales a la actuación del apoyo. En este sentido, las salvaguardas del artículo 251 CC funcionan como un contrapeso necesario: permiten prescindir de una intervención judicial previa sin renunciar a la protección sustantiva de la persona con discapacidad. Así, la sujeción del guardador de hecho a dichas prohibiciones resulta plenamente coherente con la lógica interna del modelo, estableciendo zonas vedadas de actuación, reforzando el carácter asistencial de la guarda de hecho y evitando su deslizamiento hacia una actuación representativa o patrimonialmente invasiva no autorizada.

6. Extinción de la guarda de hecho

La extinción de la guarda de hecho puede producirse tanto por causas voluntarias como involuntarias, y dependerá de factores como el cambio de circunstancias personales, decisiones judiciales, el fallecimiento de la persona implicada o el establecimiento de una medida de apoyo formal.

El artículo 267 del Código Civil establece las causas por las cuales puede extinguirse la guarda de hecho⁴⁴. Entre ellas, se contempla de manera explícita la situación en la que la persona que recibe el apoyo manifieste su voluntad de que este se organice o se preste de forma diferente. Esta previsión reconoce la primacía de la autonomía de la persona con discapacidad, garantizando que el ejercicio de la guarda de hecho se ajuste siempre a sus deseos y preferencias, y permite que, cuando la persona asistida considere necesario modificar la forma en que se le presta asistencia, se pueda poner fin a la relación de guarda existente sin que ello implique la vulneración de sus derechos ni la imposición de apoyos no deseados. De esta manera, se refuerza la naturaleza flexible y sujeta a la voluntad de la persona asistida de esta institución jurídica.

En virtud de esta causa, la guarda de hecho se puede extinguir porque la persona que recibe el apoyo pida sustituir a la persona que ejerce la guarda de hecho, manteniéndose la misma clase de apoyo; la persona ya no precisa esa asistencia; se opte por una medida voluntaria de apoyo, como un poder preventivo; porque se inste la adopción de una medida judicial como la curatela o porque quien venía actuando como guardador de hecho sea designado formalmente curador.

Se extinguirá asimismo la guarda de hecho cuando desaparezcan las circunstancias o motivos que dieron origen a su establecimiento. Esto significa que, si la persona que estaba siendo objeto de guarda de hecho recupera su autonomía o mejora su situación personal hasta el punto de poder ejercer sus derechos sin necesidad de apoyo, la guarda de hecho pierde su razón de ser. Esto puede suceder, por ejemplo, en situaciones transitorias de enfermedad o deterioro cognitivo

⁴⁴ El Código de Derecho Foral de Aragón, por lo que respecta a la extinción, establece que «El guardador de hecho perderá su condición: 1.º Cuando deje de ser precisa la prestación de apoyo.

2.º Cuando deje de actuar como tal, en cuyo caso deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial o de la entidad pública competente en materia de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, salvo imposibilidad de hacerlo o que otra persona asuma la guarda de hecho.

3.º Cuando la autoridad judicial lo considere conveniente, a solicitud de la persona con discapacidad, del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda» (artículo 169-14).

leve, donde el apoyo ha sido temporal y ya no resulta necesario. En estos casos, no es necesario un procedimiento formal para declarar la extinción, aunque puede ser recomendable una valoración médica o social que acredite dicha recuperación.

Otra causa de extinción prevista en el número 3º del artículo 267 CC es que el guardador desista de su actuación. Al tratarse de una relación no formalizada judicialmente, quien ejerce la guarda puede decidir poner fin a dicha situación en cualquier momento, si bien se prevé que debe ponerlo en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, a efectos de que el discapacitado no quede desamparado. No se prevé en el Código la alegación de causa alguna que deba invocarse para este desistimiento, no obstante, no parece aceptable admitir el desistimiento del cargo sin motivo justificado: bien podría aplicarse analógicamente el artículo 279 que a efectos de la curatela prevé la excusa «si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo».

Asimismo, tiene lugar la extinción cuando, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier persona que tenga interés en prestar apoyo a la persona bajo guarda, el órgano judicial estime procedente poner fin a la guarda de hecho. Si el ejercicio de la guarda de hecho no es adecuado, es decir, si se detecta que el guardador no está actuando en beneficio de la persona que necesita apoyo, incurre en negligencias o incluso en conductas abusivas, las autoridades pueden intervenir para extinguirla. Esto puede ser promovido por familiares, servicios sociales, o incluso de oficio por el Ministerio Fiscal. En estos casos, se adoptarán medidas que garanticen la protección de la persona afectada, pudiendo desembocar en un procedimiento judicial para establecer un sistema de apoyo alternativo. Esta intervención puede darse en el marco de un procedimiento de provisión de apoyos, en el que se determine que la guarda de hecho ya no es adecuada o necesaria⁴⁵.

El Anexo I del documento definitivo del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) señala que entre las situaciones que permiten considerar la guarda de hecho como «no adecuada» se encuentran la reiteración de conflictos de intereses, la existencia de tensiones de índole personal y la aparición de conductas abusivas o de influencia indebida por parte del guardador de hecho sobre la persona con discapacidad. La guarda de hecho puede considerarse «no suficiente» cuando, debido a la situación de la persona con discapacidad, resulte previsible que el guardador deba solicitar de forma frecuente autorizaciones judiciales para actuar en su representación, lo que exigiría acudir reiteradamente al juzgado (por ejemplo, cuando el patrimonio de la persona requiera una gestión más compleja que la ordinaria). También se apreciará insuficiencia cuando existan conflictos en torno a la guarda de hecho, como puede ocurrir si varios familiares se disputan de manera continuada dicha función. Finalmente, se dará esta situación cuando los familiares que no ejercen la guarda se opongan de forma sistemática a las actuaciones de quien sí lo hace, o cuando se observe que dichas actuaciones están afectando negativamente al normal desarrollo de la vida de la persona con discapacidad.

⁴⁵ DE LA IGLESIA MONJE, «Insuficiencia de la guarda de hecho y surgimiento de la curatela: compatibilidad o complementariedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 801, 2024, p. 328 señala que se trata de una causa de extinción genérica.

En numerosas ocasiones, es el propio guardador de hecho quien solicita la modificación de la medida. Así, una causa frecuente de extinción de la guarda de hecho es el establecimiento de una medida formal de apoyo, como puede ser una curatela con funciones representativas. Aunque la ley contempla la posibilidad de que la guarda de hecho continúe funcionando como mecanismo de apoyo suficiente, cuando un órgano judicial aprecia la necesidad de designar un curador u otra figura legal, la guarda de hecho cesa, siendo la medida judicial la que sustituye y desplaza a la guarda informal, salvo que se disponga expresamente la compatibilidad o continuidad de esta última para determinadas funciones específicas.

7. El problema de la acreditación respecto a terceros

Como se ha mencionado, la guarda de hecho es una medida ampliamente utilizada en la práctica pero de carácter informal, es decir, la ley no exige un procedimiento formal específico para su constitución o acreditación. Esto lleva a que en muchas ocasiones puede existir sin haber sido formalizada en ningún documento legal u oficial que la respalde ante terceros. Esta falta de formalidad dificulta acreditar ante terceros una situación de guarda de hecho, que carece de documentación, para llevar a cabo gestiones en nombre de la persona con discapacidad cuando esta no puede desplazarse. Asimismo, puede generarse desconfianza en terceros al advertir un posible empeoramiento en el estado de la persona asistida. En muchos casos plantea problema la necesidad de que los actos de apoyo que realiza el guardador de hecho se hagan con rapidez y agilidad⁴⁶.

La prueba del estado de necesidad de apoyo puede acreditarse de diversas formas, incluyendo la declaración de la propia persona con discapacidad cuando ello sea posible, los testimonios aportados por familiares, los informes emitidos por servicios sociales, sanitarios u otras instituciones competentes, así como mediante un acta de notoriedad formalizada ante notario⁴⁷.

En el ámbito judicial, de acuerdo con el Anexo I del documento definitivo del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su

⁴⁶ La doctrina ha puesto de manifiesto las dificultades que conlleva la acreditación de la guarda de hecho. Entre otros, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», en DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio, 2022*, p. 69; SANTOS URBANEJA, *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, pp. 196-197; PALACIOS GONZÁLEZ, «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA/GARCÍA MAYO (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 2021, pp. 423-424; DÍAZ PARDO, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, p. 318; NIETO ALONSO, «Comentario al art. 263 CC», en GARCÍA RUBIO/MORO ALMARAZ (dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2022, p. 296; LECIÑENA IBARRA, «Artículo 264 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, 2021, p. 659.

⁴⁷ Es interesante destacar la Consulta INSS 30 de noviembre de 2021 relativa a la competencia para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social cuando los beneficiarios de las mismas son personas mayores de edad con discapacidad, a partir de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Concretamente en dicha consulta se dice que «La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición».

aplicación transitoria (Cód. EX2201)⁴⁸, los medios para acreditar la existencia de una guarda de hecho pueden ser muy variados: libro de familia, informes sociales, sanitarios, administrativos, modelos de declaración responsable de guarda de hecho elaborados por la Administración para cursar peticiones de reconocimiento de situaciones de dependencia, empadronamiento, informes policiales, informe de la residencia donde se encuentre ingresado, informes vecinales, testigos, acta notarial de notoriedad, el decreto del Ministerio Fiscal de archivo de unas diligencias pre procesales, o resoluciones de archivo en procedimientos de revisión de la DT5^a, por entender adecuada y suficiente la guarda de hecho.

Para poder acreditar la existencia de guarda de hecho en el contexto de las entidades financieras, el Documento Interpretativo elaborado por la Fiscalía General del Estado y las principales asociaciones de Entidades de Crédito españolas propone la figura de la declaración responsable. Esto consiste en un documento firmado por la persona discapacitada y su guardador de hecho, en el que se informa a la entidad sobre la existencia de la guarda de hecho, así como sobre la identidad del guardador y las facultades y límites que se le asignan.

Como bien indica DE VERDA⁴⁹, la declaración responsable ante la entidad bancaria es, «en rigor, un poder realizado ante el banco por la persona, que, aun teniendo una discapacidad, no obstante, puede manifestar una voluntad libremente formada; y ello, con la finalidad de legitimar a quien designa como guardador, para realizar una serie de operaciones dentro de los límites establecidos en el documento de apoderamiento». Para el autor la razón de denominar «declaración responsable» a lo que no es, sino un apoderamiento, radica en que, «en un principio, esta “declaración responsable” se concibió como una declaración del guardador de hecho, en los supuestos en que la persona con discapacidad no puede exteriorizar una voluntad libremente formada, la cual era semejante a la que el guardador realiza ante las administraciones públicas para solicitar prestaciones económicas. Se pretendía, pues, que dicha declaración acreditara ante el banco la condición de guardador de hecho y que, en consecuencia, éste pudiera actuar en representación de la persona necesitada de apoyo, para concluir en su nombre operaciones bancarias para cuya conclusión le habilita el artículo 264.III CC. Sin embargo, posteriormente, se cambió de opinión, seguramente, ante el temor de que dicha declaración de responsabilidad, hecha por el propio guardador, pudiera posibilitar actuaciones en perjuicio de la persona con discapacidad. En su lugar, se previó el actual documento de apoderamiento suscrito por ambas partes, conservándose, sin embargo, la denominación de “declaración de responsabilidad”, lo que, a todas luces, resulta inadecuado a la naturaleza del documento, que es un título voluntario de legitimación del guardador para actuar dentro de los límites y con las salvaguardas en él establecidas».

En el supuesto de que la persona discapacitada, debido a su condición, no pudiese expresar su voluntad en esta declaración responsable, la única forma de acreditar ante el banco la existencia de esa guarda de hecho será mediante un acta notarial de notoriedad⁵⁰. De todas las posibilidades

⁴⁸ <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Foro-Justicia-y-Discapacidad/Actividades/Cursos/Grupo-de-trabajo-sobre-el-nuevo-sistema-de-provision-judicial-de-apoyos-a-personas-con-discapacidad-y-su-aplicacion-transitoria--Cod--EX2201>.

⁴⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, «Estocada a la guarda de hecho. Comentario a la STS de España núm. 875/2024, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3527)», *Revista Boliviana de Derecho*, n° 39, enero 2025, pp. 636 y 637.

⁵⁰ Acerca del acta de notoriedad vid. DE VERDA Y BEAMONTE, «La guarda de hecho: alcance y problemas de prueba», *La notaria*, n. 1-2, 2023-2024 (*Ejemplar dedicado a: Nuevas tecnologías: estudios doctrinales*), pp. 18-20; NIETO ALONSO, «El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus

para la acreditación, sin lugar a dudas, la que ofrece mayor seguridad jurídica es el acta de notoriedad formalizada ante notario⁵¹.

Para otorgarle mayor seguridad jurídica, mediante este documento público, se podrá acreditar de manera fehaciente ante terceros la existencia de la guarda de hecho, así como la identidad del guardador (o los guardadores). Esta acta facilita considerablemente las gestiones diarias del guardador, ya que le permitirá acreditar de manera sencilla su condición de guardador de hecho de la persona discapacitada ante cualquier entidad, como una entidad bancaria o una Administración.

En la práctica, algunos notarios se niegan a hacer actas de notoriedad respecto a la prueba de la guarda de hecho. Esta negativa se explica, según DE VERDA Y BEAMONTE, porque, «siendo la guarda de hecho una situación fáctica susceptible de cambio, son reacios a constatarla, por el temor a que, cuando se exhiba el acta, la persona identificada en ella como guardador ya no lo sea; y, además, porque algunos notarios entienden que es difícil llegar a la conclusión de que alguien sea guardador de hecho de otra persona en todos los aspectos de su vida, más allá de la concreta esfera respecto de la cual aquél pueda acreditar su apoyo (por ejemplo, en el ámbito de la salud), por lo que no son proclives a reconocerle la condición general de guardador, que, precisamente, es lo que necesita para poder realizar actos diversos a los que ya lleva a cabo (por ejemplo, en el ámbito bancario)»⁵².

Sin embargo, no se observa ningún obstáculo en otorgar el acta de notoriedad en los supuestos en los que comparezcan ante notario la persona necesitada de apoyo, el guardador de hecho, todas las personas que puedan tener interés personal o patrimonial respecto al guardado (por ejemplo, que comparezcan todos los hijos del discapacitado y el cónyuge si existiera éste) y dos testigos.

La fuerza acreditativa del instrumento notarial podría verse fortalecida si se añadiera una declaración responsable del guardador interviniente que ratificara la persistencia de los hechos consignados en el acta. Mediante la articulación conjunta de ambas piezas probatorias, el acta de notoriedad y la declaración responsable, sería posible superar las dificultades que presenta el uso aislado de esta última⁵³.

Para acreditar la existencia de una guarda de hecho, y dado que a menudo resulta complejo obtener un acta de notoriedad, o simplemente no se solicita, es frecuente promover ante la entidad bancaria un auto que declare dicha condición mediante un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

aplicaciones frecuentes y relevantes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 770, 2018, pp. 3003-3069 y PEREÑA VICENTE en MUÑOZ RODRIGO/ BUENO BIOT (coords); DE VERDA Y BEAMONTE/ CARAPEZZA FIGLIA (dirs.), *Entre persona y familia*, 2023, pp. 104-106.

⁵¹ Para evitar la intervención judicial en este sector, ROCA GUILLAMÓN, «La guarda de hecho», en MORENO FLÓREZ (dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, 2022, p. 135, propone otorgar a los notarios desde la propia ley mayores facultades de actuación a través del acta de notoriedad.

⁵² DE VERDA Y BEAMONTE, *Rev. Boliv. de Derecho*, n° 39, enero 2025, pp. 633 y 634.

⁵³ En este sentido se manifiesta, LECIÑENA IBARRA, «Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023», *Actualidad civil*, N° 11, 2023.

Coincidimos con DE VERDA que considera «paradójico que, siendo la guarda de hecho una medida de apoyo informal, el guardador se vea obligado a acudir a un Juzgado para que se le declare formalmente como tal, a fin de poder realizar una actuación representativa, para la cual está expresamente legitimado por el artículo 264.III CC (parece, pues, que asistimos a una suerte de “judicialización” de la “desjudicialización”))»⁵⁴.

En el Anexo I del documento definitivo del Grupo de Trabajo sobre el nuevo sistema de provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad y su aplicación transitoria (Cód. EX2201) se recomienda que el auto de archivo del expediente en las que no se adopten las medidas de apoyo solicitadas «deje constancia de la existencia de una guarda de hecho ejercida por NN en relación a la persona de NN, y reseñar las funciones que el Código Civil atribuye al guardador de hecho»⁵⁵.

Encontramos una regulación específica de la acreditación de la condición de guardador de hecho en el artículo 169-13 del Código de Derecho Foral de Aragón en el que se reconoce expresamente que «La guarda de hecho es una medida de apoyo que no necesita ser declarada judicialmente para acreditar su existencia». Su existencia puede acreditarse mediante cualquier medio legalmente admitido, «en particular por haber ejercido autoridad familiar sobre la persona con discapacidad, por la convivencia en el mismo domicilio, la relación de parentesco dentro del cuarto grado o la condición de cónyuge o pareja estable no casada». Por último, «también servirá como acreditación de la guarda de hecho: a) La declaración de la Junta de Parientes de la persona con discapacidad realizada dentro de los dos años anteriores. b) La declaración de notoriedad en acta notarial dentro de los dos años anteriores».

Para solventar el problema de la acreditación, en la doctrina se ha planteado la creación de un registro de guardadores de hecho al que pueda acceder desde cualquier administración, en el que la inclusión sea sencilla, especialmente en los casos en el que guardador y guardado conviven bajo el mismo techo⁵⁶. Consideramos que la creación de un registro de guardadores de hecho representaría una herramienta jurídica de gran utilidad, aun cuando se trate de una figura de naturaleza fáctica, ya que permitiría dotar de visibilidad y seguridad jurídica a estas relaciones, facilitando la identificación de quienes ejercen la guarda delimitando sus responsabilidades y ofreciendo un marco de control que reduzca riesgos de conflictos de interés o actuaciones indebidas. Asimismo, permitiría coordinar la guarda de hecho con medidas de apoyo formales, evitando duplicidades o incompatibilidades y asegurando que la intervención del guardador respete siempre la autonomía y los deseos de la persona asistida. Se trataría de un registro administrativo similar al que existe en relación a las parejas de hecho.

Coincidimos plenamente con DE VERDA Y BEAMONTE en que la desjudicialización derivada del fortalecimiento de la guarda de hecho como forma de apoyo, es lógica y coherente. No obstante, esta medida debe complementarse con un procedimiento ágil que permita demostrar sin complicaciones quién ejerce la guarda. De lo contrario, el guardador encontrará serios obstáculos para actuar en representación de la persona con discapacidad en los supuestos previstos en el

⁵⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, *Rev. Boliv. de Derecho*, nº 39, enero 2025, p.634 y PEREÑA VICENTE en MUÑOZ RODRIGO/ BUENO BIOT (coords.); DE VERDA Y BEAMONTE/ CARAPEZZA FIGLIA (dirs.), *Entre persona y familia*, 2023, p. 74.

⁵⁵ En este sentido, *vid.* la SAP Castellón, de 16 de septiembre de 2022, (ECLI:ES:APCS:2022:1106).

⁵⁶ TORTAJADA CHARDÍ, «La prueba de la guarda de hecho», en MUÑOZ RODRIGO/ BUENO BIOT (coords.); DE VERDA Y BEAMONTE /CARAPEZZA FIGLIA (dirs.), *Entre persona y familia*, 2023, p. 504.

artículo 264.III del Código Civil, que, aunque impliquen cantidades económicas reducidas (motivo por el cual no exigen autorización judicial), pueden tener una gran relevancia práctica⁵⁷.

8. La guarda de hecho y su proyección en los negocios jurídicos conexos

La relación entre la guarda de hecho y los negocios jurídicos conexos⁵⁸ se manifiesta de manera particularmente significativa en los supuestos de representación y en aquellos en los que, en principio, podría plantearse la necesidad de autorización judicial. La cuestión es si dicha autorización resulta exigible, especialmente cuando la actuación del guardador se inserta en un negocio jurídico complejo, entendido como una unidad funcional integrada por varios actos jurídicos entrelazados que comparten causa y finalidad.

En estos casos, la intervención del guardador de hecho se concibe como un elemento más del entramado negocial, cuyo sentido solo puede comprenderse atendiendo al conjunto del acto y no a cada una de sus fases de forma aislada. Cuando la estructura global del negocio permite concluir que la actuación del guardador se limita a ejecutar o completar un acto principal ya configurado por la propia persona, o que se trata de operaciones accesorias necesarias para la plena eficacia del negocio, la exigencia de autorización judicial pierde fundamento. Ello se justifica porque el control jurisdiccional que ordinariamente se prevé para determinados actos patrimoniales queda absorbido o desplazado por la valoración conjunta del negocio, de modo que la intervención judicial dejaría de aportar una garantía adicional real.

Así, la teoría del negocio jurídico complejo opera como un criterio interpretativo que evita la fragmentación artificial de actos que, por su propia naturaleza, deben ser considerados como una unidad. Desde esta perspectiva, la guarda de hecho puede desplegar efectos representativos sin necesidad de recurrir al juez en aquellos supuestos en los que la actuación del guardador se integra de manera inseparable en la lógica del negocio y no implica un sacrificio relevante para la esfera jurídica de la persona. Se refuerza así la coherencia del sistema, al permitir que la guarda de hecho funcione con la flexibilidad que le es propia, sin merma de las garantías esenciales que protegen la voluntad y las preferencias de la persona apoyada.

Cabe recordar aquí la doctrina de la DGRN acerca del negocio jurídico complejo aplicable a los supuestos de compraventa con simultánea hipoteca (en el mismo acto y escritura), e incluso a supuestos en los que la constitución de hipoteca es inmediatamente posterior. Sustenta su argumentación en la asimilación entre la adquisición de un inmueble previamente gravado y aquella en la que la constitución del gravamen se produce de manera simultánea o

⁵⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, en «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, N° 10021, 2022 y en Rev. Boliv. de Derecho, n° 39, enero 2025, p. 630. Por su parte, VELILLA ANTOLÍN, «Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del siglo XXI*, número 99, septiembre-octubre 2021, p. 14 tras señalar que la guarda de hecho probablemente se convertirá, en la práctica, en la medida de apoyo más empleada por su simplicidad y finalidad concreta, advierte, en tono crítico hacia la Ley, que el incremento de procedimientos derivados de las actuaciones representativas del guardador de hecho podría generar una sobrecarga en los juzgados competentes. Si esta mayor demanda no va acompañada de recursos suficientes, podría terminar dificultando la finalidad para la que la guarda de hecho fue concebida, debido a los retrasos que tal falta de previsión provocaría.

⁵⁸ Acerca de los negocios jurídicos conexos remitimos a nuestro estudio en el que analizamos la cuestión en la doctrina italiana que ha estudiado en profundidad esta figura, vid. LUQUE JIMÉNEZ, «Los contratos conexos en Derecho italiano», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 12, N°. 3, 2025, pp. 121-174.

inmediatamente posterior, considerando que dicho gravamen tiene por finalidad asegurar la financiación de la propia adquisición. Ello implica, aun sin formularse de forma expresa, la existencia de un vínculo causal entre ambas operaciones.

No obstante, en la Resolución de 5 de diciembre de 2023 se excluye la aplicación de la teoría del negocio complejo al menor emancipado, respecto del necesario complemento de capacidad en los supuestos de simultánea compra e hipoteca, ya que el artículo 247 del Código Civil requiere complemento de capacidad no sólo «para gravar los bienes» a que se refiere, sino también para «tomar dinero a préstamo», sin que quede exceptuado este supuesto, tal y como sucede para el guardador de hecho en el caso del artículo 287 del Código Civil.

9. Análisis de la jurisprudencia posterior a la reforma

9.1. El impacto de la Ley 8/2021 en la conflictividad judicial

La Exposición de Motivos de la Ley 8/2021 declara expresamente la voluntad de reducir la judicialización mediante el protagonismo de apoyos informales, especialmente la guarda de hecho. Sin embargo, los arts. 263 a 267 del Código Civil configuran una guarda de hecho con contornos abiertos, cuya formalización y control sigue dependiendo en numerosos supuestos de la intervención judicial. Asimismo, los arts. 249, 268 y 269 CC imponen el principio de proporcionalidad y adaptación al caso concreto, lo que exige una valoración individualizada por el juez y dificulta soluciones estandarizadas. Todo ello nos permite afirmar que la Ley introduce una cierta indeterminación conceptual y una necesidad de constante ponderación judicial.

El artículo 749 LEC, tras la reforma, mantiene la intervención preceptiva del Ministerio Fiscal en todos los procedimientos sobre medidas de apoyo, y el artículo 295 CC, que refuerza la función de supervisión del Ministerio Fiscal incluso respecto de apoyos no judiciales. Las memorias anuales de la Fiscalía General del Estado (especialmente las posteriores a 2021⁵⁹) han puesto de relieve el incremento de procedimientos vinculados a la revisión, adaptación o determinación del tipo de medida de apoyo, en particular, muchos supuestos revelan dificultades prácticas para decidir cuándo basta la guarda de hecho y cuándo procede una curatela, especialmente con funciones representativas. La jurisprudencia menor (Audiencias Provinciales) muestra una casuística abundante en la que se debate si procede mantener una guarda de hecho, formalizarla, o sustituirla por una curatela con funciones representativas.

Por tanto, la reforma ha intensificado la exigencia de valoración judicial individualizada y el control del Ministerio Fiscal, lo que, en la práctica, no ha reducido la carga de la Administración de Justicia, sino que la ha redistribuido y, en muchos casos, incrementado.

Según la estadística de la Unidad Coordinadora de Personas con Discapacidad y Mayores de la Fiscalía, comparando con periodos previos a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 (por ejemplo, 2019), los procedimientos judiciales promovidos por el Ministerio Fiscal para provisión de apoyos se redujeron de forma global (-21,38 % respecto a 2021, y -47,9 % respecto a 2019); no obstante, este descenso se vio acompañado de un repunte leve 2023 (+1,38 % con respecto a 2022).

⁵⁹ Disponibles en www.fiscal.es.

Según la Memoria de la Fiscalía de 2024, en el análisis estadístico nacional se aprecia un claro ascenso del 15,84% en el volumen de incoación de diligencias (16.736) frente a la anualidad anterior. En años anteriores, tras la entrada en vigor de la Ley 8/21, se recogían descensos porcentuales consecutivos, debidos a la intensa labor informativa de las fiscalías para aplicar los principios de necesidad y subsidiariedad de los apoyos judiciales y, por otra parte, a la acentuación de la configuración residual de la legitimación del Ministerio Fiscal frente a familiares legitimados. El acusado cambio de tendencia registrado responde en su mayor parte, a las diligencias incoadas para articular la iniciativa de las fiscalías en los procedimientos de revisión determinados por la DT.^a 5.^a, supliendo en muchos órganos judiciales la ausencia de actividad revisora de oficio. No obstante, las cifras absolutas se mantienen en niveles inferiores a la entrada en vigor de la nueva legislación⁶⁰.

Para 2024 la tendencia ascendente se ha mantenido, superándose las 30.000 intervenciones. Esto refleja un incremento sostenido de actuaciones relacionadas con medidas de apoyo con los siguientes datos comparativos de procedimientos iniciados que refleja la Memoria de 2025⁶¹:

- 2019: 33415
- 2020: 26304
- 2021: 25731
- 2022: 27617
- 2023: 27926
- 2024: 30580

9.2. Casos en los que se considera suficiente la guarda de hecho como medida de apoyo

En función de las circunstancias del caso, cuando la guarda de hecho funciona adecuadamente pueden presentarse diversos escenarios: en ocasiones, las resoluciones judiciales consideran que no es necesario modificar la medida de apoyo y optan por mantener la guarda; en otras, aun manteniéndola, se estima oportuno incorporar en la sentencia una declaración judicial que facilite las gestiones frente a terceros; y, en determinados supuestos, se decide establecer medidas de apoyo de carácter representativo que complementen la guarda de hecho.

Entre las sentencias que concluyen que no es preciso cambiar la medida de apoyo y siguen manteniendo la guarda destacamos la SAP Madrid, de 31 de marzo de 2022, (ECLI:ES:APM:2022:20007), la discapacitada padecía enfermedad de Alzheimer GDS 5-6, con intensidad moderada a grave, y necesitaba supervisión y ayuda constante, residía en su domicilio, asistida en todo momento, por una cuidadora y atendida por sus hijas. Pese al importante deterioro cognitivo, se consideró que la discapacitada, tenía protección suficiente con la guarda de hecho que llevan a cabo sus hijas. Esta sentencia, como otras muchas, resalta el cambio sustancial del sistema de apoyo a las personas con discapacidad tras la reforma. Se refuerza la figura de la guarda de hecho como una medida de apoyo que debe continuar ejerciéndose si resulta eficaz. En esta sentencia destaca el hecho de que la nueva regulación contenida en la Ley 8/2021 consagra definitivamente la guarda de hecho como una medida más de apoyo e incluso, como una medida principal.

⁶⁰ Vid. Capítulo III, epígrafe 9.1.3.2.3. Disponible en www.fiscal.es

⁶¹ Vid. Memoria 2025, Capítulo III, epígrafe 9.1.4.2. Disponible en www.fiscal.es

Siguiendo esta misma línea, en la SAP Castellón, de 16 de septiembre de 2022, (ECLI:ES:APCS:2022:1106) también se consideró que no procedía la constitución de la curatela que se solicitaba cuando ya se tenía un guardador de hecho, el hijo de la discapacitada, que proporciona el apoyo necesario, tanto en el plano personal como en la gestión cotidiana de sus recursos, principalmente sus pensiones, algo que resulta más sencillo gracias a que ambos son cotitulares de la misma cuenta bancaria. En el caso quedó demostrado el apoyo y asistencia de los hijos y del esposo como guardadores de hecho, sin tener ningún problema para la gestión y administración de los bienes de su madre, ni tampoco en el tema de salud y tratamientos médicos, tomando las decisiones en consenso con su padre y sus hermanos.

En algunas ocasiones, es el Ministerio Fiscal el que solicita la modificación de la guarda de hecho. Esto es lo que sucedió en el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo en la STS 66/2023, Civil, de 23 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291), en que la guarda de hecho prestada por el hijo era suficiente y no se precisaba la constitución del apoyo judicial en el proceso promovido por el Ministerio Fiscal. En el caso el Alto Tribunal consideró que era suficiente la presencia del hijo como guardador de hecho no detectándose conflictos de intereses o de índole personal, ni abusos o influencia indebida sobre aquélla. En este caso tampoco se vio preciso recurrir a autorizaciones judiciales para actuar repetidamente en su representación, ya que la gestión de su pensión no requiere una administración que supere la ordinaria. Como en otras tantas sentencias, se resalta la importancia de la guarda de hecho en la Ley 8/2021 como medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. Se consideró improcedente la sumisión a tutela ya que la recurrente gozaba de autonomía para los actos cotidianos que realizaba ella sola, recibiendo apoyo de manera real y efectiva por su hijo. Las habilidades se encontraban en línea con su edad y con su formación, adecuadas para la administración ordinaria de sus gastos diarios. Se consideraba que el apoyo representativo a través de tutor establecido en las sentencias de instancia resultaba innecesario y desproporcionado debido a la suficiencia de la presencia del hijo como guardador de hecho. En el caso no se habían detectado conflictos de intereses o de índole personal, ni abusos o influencia indebida sobre la madre. Incluso no se considera necesaria la solicitud de autorizaciones judiciales para actuar en representación suya de forma reiterada, dado que la gestión de su pensión no implica una administración superior a la entendida como ordinaria.

Esta línea jurisprudencial, que es conforme a los principios orientadores de la Ley 8/2021, produjo en la práctica un impacto inmediato en la actuación judicial debido a que los juzgados de primera instancia comenzaron a seguirlo de manera estricta, evitando acordar la constitución de curatelas incluso en supuestos en los que la persona con discapacidad no disponía, de forma evidente, de capacidad para gestionar adecuadamente su persona y su patrimonio. La orientación jurisprudencial derivada de dicha resolución estableció un criterio interpretativo de tal rigor que originó decisiones judiciales en las que se rechazaba la constitución de una curatela incluso en situaciones de Alzheimer en fase avanzada o de trastornos mentales severos. Ello tuvo como consecuencia que los familiares quedaran sin instrumentos jurídicos para ejercer una representación eficaz de sus allegados ante administraciones públicas, entidades bancarias o instituciones sanitarias⁶².

⁶² CASCALES BERNABÉU, «Guarda de hecho o curatela. El dilema judicial en la aplicación de la Ley 8/2021 a la luz de la jurisprudencia reciente», *Claves Jurídicas*, Nº. 2, 2025, p. 65.

En este sentido, en la SAP Álava, de 21 de abril de 2023, (ECLI:ES:APVI:2023:68A) se consideró que no procedía establecer otra medida asistencial distinta a la de guardadora de hecho de la hermana, al constatarse en el caso que se presentaba como medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. La discapacitada padecía un Deterioro Cognitivo Severo Connatal. Cuando tenía 17 años se le dictaminó una disminución orgánica y funcional del 84% con carácter indefinido (por un diagnóstico de deficiencia mental severa con 21 de coeficiente intelectual). En este supuesto, resultó clara la voluntad de seguir ejerciendo la hermana de guardadora de hecho. Si bien es cierto que tuvo dudas que manifestó (en cuanto a los fondos de inversión o la herencia de los padres) y que se solventaron; para la Audiencia fue del todo relevante, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos (en los que familiares de la persona con discapacidad dificultan y obstaculizan la guarda de hecho que ejerce otro familiar), que en el este caso las otras hermanas de la discapacitada, superadas esas concretas dudas, afirmaron la eficacia de la guarda de hecho que se venía ejerciendo tanto desde el punto de vista personal como patrimonial, incluido el apoyo que ellas prestaban también sustituyéndola cuando era necesario. La discapacitada manifestó su satisfacción con la situación de guarda.

Como hemos adelantado, en algunos de los supuestos que mantienen las medidas de apoyo se considera pertinente establecer en la sentencia una declaración judicial a efectos de facilitar frente a terceros la acreditación de la guarda de hecho. Así aconteció en el caso analizado por la SAP Castellón, de 16 de septiembre de 2022, (ECLI:ES:APCS:2022:1106), en el que, pese a denegarse la medida de apoyo solicitada de curatela, se dice que cabe quedar expresado el hecho de que se está ostentando la figura del guardador de hecho esta ejercida por el hijo, como medida de apoyo a su madre (sin perjuicio de la guarda de hecho que también puedan realizar el esposo y los otros hijos, como al parecer de facto ocurre)⁶³.

En el mismo sentido se resuelve el caso resuelto por la SAP Álava de 15 de marzo de 2023, (ECLI:ES:APVI:2023:59A), al revisar las medidas acordadas antes de la entrada en vigor de la Ley 8/21, resultó que había una guardadora de hecho que desarrollaba adecuadamente su función pese a la gravedad de la discapacitada, por lo que no se consideró procedente constituir la curatela y dejando sin efecto una tutela anteriormente constituida, lo que revela el reconocimiento de la guarda de hecho como figura estable. Además, a la Audiencia Provincial le pareció conveniente solicitar una declaración judicial que reconozca la condición de guardadora de hecho, aunque sea únicamente para poder acreditar dicha situación ante terceros; y, ante la problemática diaria que podía encontrarse, deben establecerse medidas de apoyo representativas que completen la guarda de hecho.

Asimismo, en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de A Coruña de 19 de octubre de 2023, (ECLI:ES:APC:2023:1287A) se establecen medidas de apoyo representativas continuadas (no puntuales para un acto concreto) para complementar el desempeño de la guarda de hecho. De esta forma se consigue regularizar la guarda de hecho como un medio de provisión de apoyos, aunque cabría plantear si no estamos en realidad ante una especie de curatela. En este caso no se consideró necesario establecer una curatela, ya que las hijas de la discapacitada que tenía una dependencia absoluta, estaban asumiendo la guarda de hecho (aunque fuera de forma temporal)

⁶³ También en la SAP Álava, de 17 de enero de 2023, (ECLI:ES:APVI:2023:32), se consideró que no procede acordar una curatela a favor de la madre que era guardadora de hecho desde que su hijo alcanzó la mayoría de edad. No obstante, se realizó una declaración judicial sobre el carácter de guardadora de hecho a los meros efectos de acreditar esa condición frente a terceros.

lo cual pareció ser suficiente en términos generales, aunque con ciertos inconvenientes. Por lo tanto, se consideró obligatorio que siguieran encargándose de ello (artículo 263). Además, se consideró pertinente hacer una declaración judicial sobre la condición de guardadora de hecho y se estableció una autorización judicial genérica para ciertos actos determinados en la resolución judicial (obtención de certificado de firma electrónica, disposición ante entidad bancaria, gestiones administrativas o relativos a relaciones laborales con cuidadores).

Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2025, sobre la base de un muestreo realizado en doce provincias sobre 2.516 autos dictados en el año 2024, en el 43,32% se acomodaron las antiguas tutelas a una curatela, mientras que en el 53,33% se acordó el archivo de las actuaciones, por existir una guarda de hecho suficiente y eficaz. Se trata de porcentajes muy similares a los del año precedente, con el 41,06% de casos con resoluciones de apoyos judiciales (curatela) y del 53,8% de casos objeto de archivo, por existir una guarda de hecho suficiente⁶⁴.

9.3. Casos en los que habiendo guarda de hecho se pasa a curatela

Como acabamos de analizar, existiendo guarda de hecho puede que se considere que no es necesario otra medida de apoyo por estar funcionando bien la guarda de hecho. No obstante, puede ocurrir que el Ministerio Fiscal o cualquier persona interesada (incluido el propio guardador de hecho) considere que la guarda de hecho no es adecuada o resulta insuficiente, y promueva la constitución de una curatela, lo que determina, según se ha visto, la extinción de la guarda de hecho. A continuación, analizaremos estos supuestos.

En muchas ocasiones son los guardadores de hecho los que solicitan la adopción de la curatela asistencial y/o representativa, y que se les nombre a los mismos curadores, invistiéndose así de funciones asistenciales y representativas para asistir a la persona discapacitada en una serie de actos, lo que les facilita desarrollar esta tarea respecto a terceros. Si la guarda de hecho no cubre de manera adecuada las necesidades provocadas por la discapacidad de la persona resulta procedente la constitución de una curatela e incluso una curatela representativa. La jurisprudencia, en casos en los que el discapacitado tiene una grave enfermedad, se ha manifestado en el sentido de que no hay ningún obstáculo que impida que, pese a la existencia de una guarda de hecho, pueda establecerse una curatela cuando las circunstancias revelen que este instrumento resulta más idóneo para garantizar un apoyo más eficaz, más aún si el guardador de hecho las solicita por su insuficiencia y conveniencia⁶⁵.

Al tratarse de una figura novedosa tal y como se configura tras la modificación, en las demandas presentadas en los tribunales se sigue observando que todavía está arraigada la concepción de que la persona que desea asumir formalmente el cuidado de otra no busca hacerlo solo de hecho, sino de derecho, es decir, no como un mero deber moral, sino como una auténtica obligación jurídica. Para cumplir esta responsabilidad de manera adecuada, estos demandantes consideran que es fundamental que reciba el respaldo necesario, otorgando seguridad jurídica, estabilidad y permanencia a una situación que lo exige. La Memoria de la Fiscalía General del Estado

⁶⁴ Vid. Capítulo III, epígrafe 9.1.4.1. Disponible en www.fiscal.es.

⁶⁵ Así puede verse como por la gravedad de la enfermedad de la discapacitada se consideró necesario cambiar el régimen de guardadores de hecho solidario ejercida por el hijo y la hermana a curatela representativa ejercida por el hijo en el caso resuelto por la SAP de A Coruña, Auto de 16 de mayo de 2024, (ECLI:ES:APC:2024:818A).

correspondiente a 2024 refleja que la guarda de hecho, como forma de apoyo natural, continúa afianzándose progresivamente. No obstante, también se señala que persiste cierto grado de reticencia por parte de algunas familias hacia esta modalidad de apoyo informal. Esta actitud se debe, principalmente, a las dificultades que surgieron durante las primeras fases de aplicación de la nueva normativa, especialmente en lo relativo a la gestión económica diaria con entidades bancarias y a la interacción con las administraciones públicas, particularmente aquellas encargadas de gestionar prestaciones sociales.

Desde este planteamiento, en función de las circunstancias del caso, en muchas ocasiones los tribunales optan por conferirle la condición de curador estable con facultades representativas, cuando sea previsible, sin lugar a dudas, que en un futuro cercano la mera guarda de hecho no será suficiente. Más aún, llega a considerarse que el principio de intervención mínima no puede, en estos casos, traducirse en desamparo y desprotección de una persona con enfermedad mental en el que avance del deterioro cognitivo como puede darse en la enfermedad de Alzheimer, ni en una situación de absoluta inseguridad jurídica para su familia.

En las SSTS 1443/2023 y 1444/2023, Civil (Pleno), ambas de 20 de octubre, (ECLI:ES:TS:2023:4212 y ECLI:ES:TS:2023:4129), el Alto Tribunal adopta esta misma interpretación de la norma y considera que si se adoptara una lectura estricta y aislada del último párrafo del artículo 255 del Código Civil, habría que rechazar siempre la constitución de una curatela cuando en la práctica ya existe una guarda de hecho. Ello implicaría que, al revisar antiguas tutelas, todas quedarían automáticamente reconvertidas en guardas de hecho. Un proceder tan mecánico y descontextualizado resultaría tan perjudicial como lo fue, en su día, la imposición indiscriminada de la incapacitación a cualquier persona con una enfermedad o limitación física o psíquica que afectara a su autogobierno, sin valorar si realmente era necesaria en cada caso. Para el Tribunal Supremo, en supuestos como el analizado, así como en otros procedimientos de revisión de tutelas, debe evitarse una aplicación automática de la normativa. Es imprescindible valorar las circunstancias específicas para determinar si procede establecer una curatela (o, en procesos de revisión, sustituir la tutela previa por una curatela) en lugar de mantener la guarda de hecho. Todo ello resulta especialmente relevante cuando la propia persona que actúa como guardador de hecho reconoce que sus apoyos no son suficientes y que la curatela sería más adecuada, más aún cuando se trata de un miembro del entorno familiar más cercano, en el que se trataba del hijo único. Vemos cómo en estas decisiones se reconsidera de forma expresa el criterio establecido en resoluciones previas (especialmente en la STS 66/2023, Civil, de 23 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291), incorporando una visión más flexible respecto a la coexistencia entre una medida de apoyo informal, como la guarda de hecho, y la curatela con funciones representativas.

Siguiendo esta línea, en la STS 875/2024, Civil, de 18 de junio de 2024, (ECLI:ES:TS:2024:3527) también se constituyó curatela representativa en favor de un hijo del enfermo de Alzheimer. El Tribunal Supremo da un paso más en esta línea y consideró que en los casos avanzados de esta enfermedad resulta insuficiente «la guarda de hecho para cubrir todas sus necesidades de apoyo, que alcanza no sólo a las funciones asistenciales, sino también de representación, prácticamente en todos los ámbitos personales y patrimoniales». Por ello la acomodación de la curatela representativa que se acordó respetaba al máximo la mínima autonomía que tenía el discapacitado y es una medida proporcional con las necesidades que le genera la discapacidad y atiende a su voluntad, deseos y preferencias. Aunque la discapacidad impedía constatar su voluntad y deseos actuales, por su trayectoria vital, fue fácil extraer que su preferencia sería que

de su guarda y cuidado se ocuparan sus hijos, y en concreto, aquel con el que llevaba viviendo más de 7 años cuando se inició el procedimiento⁶⁶. La jurisprudencia menor ha acogido esta Sentencia⁶⁷.

De la jurisprudencia anterior se desprende que pese a que la normativa aplicable a la guarda de hecho prevé que quien ejerce esta función pueda pedir y obtener del órgano judicial la autorización judicial para actuar en nombre de la persona con discapacidad, autorización que puede abarcar uno o varios actos imprescindibles para el adecuado desempeño del apoyo conforme a lo dispuesto en el artículo 264 del Código Civil; sin embargo, cuando la discapacidad impide a la persona otorgar su consentimiento y resulta necesaria, de forma cotidiana, la intervención representativa de quien le presta apoyo, queda claro que tener que recurrir de forma repetida y constante al procedimiento de autorización judicial previa pone de manifiesto las limitaciones de la guarda de hecho. Esta situación evidencia su falta de eficacia operativa, la rigidez en su aplicación y su inadecuación para cubrir de forma adecuada las necesidades reales de apoyo. Todo ello justifica la conveniencia de establecer una medida judicial más formal y estructurada. Cada persona es única, por lo que la solución a aplicar debe ser personalizada en cada situación⁶⁸.

Como hemos analizado, el Tribunal Supremo ha abordado la regulación de la guarda de hecho y ha ido perfilando una doctrina sólida que corrige la práctica que, en nombre de la desjudicialización, trataba de convertir los apoyos informales en la solución habitual cuando no existían medidas voluntarias establecidas por la propia persona. Mientras que la STS 66/2023, Civil, de 23 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1291) podía interpretarse como cercana a esa línea, las SSTS 1443/2023 y 1444/2023, Civil (Pleno), ambas de 20 de octubre, (ECLI:ES:TS:2023:4212 y ECLI:ES:TS:2023:4129) se decantan claramente por permitir la adopción de medidas judiciales cuando el entorno familiar considera insuficiente la guarda de

⁶⁶ Esta sentencia ha suscitado distintas opiniones doctrinales. Para DE VERDA Y BEAMONTE, Rev. Boliv. de Derecho n° 39, enero 2025, p. 644, esta sentencia «constata un fracaso, en tanto que supone un duro golpe al principio de desjudicialización que quiso instaurar la Ley 8/2021». Por su parte, GUILARTE MARTÍN-CALERO, «La guarda de hecho: una alternativa legal a las medidas judiciales de apoyo. Comentario a la STS de 18 de junio de 2024 (JUR 2024, 206237)», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 127, 2025, p. 7, destaca que en la resolución analizada, el Tribunal Supremo reafirma el criterio ya fijado en las Sentencias de Pleno de 20 de octubre de 2023 respecto a la guarda de hecho y da un paso más al definirla de forma explícita como una opción legal adicional frente a las medidas judiciales de apoyo, sin otorgarle un carácter prioritario ni excluyente. Esta precisión resulta especialmente útil para frenar una práctica que, amparándose en la idea de la desjudicialización y en una lectura estricta de la ley, pretendía convertir las medidas informales de apoyo en la solución por defecto cuando la propia persona no hubiese establecido medidas voluntarias.

⁶⁷ Siguen la STS 875/2024, Civil, de 18 de junio de 2024, (ECLI:ES:TS:2024:3527) las sentencias de la AP A Coruña, de 26 de marzo de 2025, (ECLI:ES:APC:2025:501A); AP A Coruña, de 24 de septiembre de 2024, (ECLI:ES:APC:2024:1289A); AP A Coruña, de 6 de noviembre de 2024, (ECLI:ES:APC:2024:1502A); AP de A Coruña, de 14 de octubre de 2024, (ECLI:ES:APC:2024:1383A); AP de Huelva, de 9 de octubre de 2024, (ECLI:ES:APH:2024:204A); AP de Guipúzcoa, de 11 de julio de 2024, (ECLI:ES:APSS:2024:702A); AP de Badajoz, de 17 de junio de 2025, (ECLI:ES:APBA:2025:943); AP Valladolid de 26 de noviembre de 2024, (ECLI:ES:APVA:2024:1200A).

⁶⁸ Para GUILARTE MARTÍN-CALERO en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 127, 2025, pp. 21 y 22 «el gran acierto del legislador: la articulación de un sistema de apoyos general, basado en la autodeterminación como manifestación de libertad y autonomía, que integra una pluralidad de apoyos formales e informales. Un sistema flexible que permite dar una respuesta jurídica distinta a la diversidad de situaciones personales, familiares, sociales, comunitarias y patrimoniales en que pueden encontrarse las personas con discapacidad: sólo se proveerá el correspondiente apoyo si se necesita y cuando se necesite, de manera que el sistema articula mecanismos ágiles que permiten dar respuesta a la necesidad puntual de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (guarda de hecho y defensor judicial) y mecanismos estables cuando la necesidad de apoyo es de carácter más continuo».

hecho; y, por último, la STS 875/2024, Civil, de 18 de junio de 2024, (ECLI:ES:TS:2024:3527) afirma de manera explícita que esta figura constituye una opción alternativa frente a los apoyos judicialmente establecidos⁶⁹.

El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto que recurrir a la guarda de hecho con autorizaciones judiciales sucesivas puede resultar más gravoso para quien presta el apoyo, lo que, desde la perspectiva de esa persona, justifica la constitución de una curatela. Ahora bien, la elección de los apoyos debe responder siempre a los criterios de necesidad y proporcionalidad, valorados conforme a la situación concreta de la persona con discapacidad y al alcance real de sus requerimientos de asistencia. De lo expuesto se concluye que lo importante no es tanto el diagnóstico de la enfermedad o trastorno que origina la discapacidad, sino las necesidades específicas que surgen para el ejercicio de los derechos de la persona, lo que implica evaluar no solo la discapacidad concreta, sino también su situación personal y patrimonial.

Es sabido que las normas generales no siempre se ajustan perfectamente a las circunstancias concretas, por lo que es necesario examinar cada caso en particular para aplicar verdaderamente la justicia y esto se hace especialmente relevante en el caso de la guarda de hecho. Ya decía ARISTÓTELES que «Lo equitativo es justo, pero no según la ley, sino como corrección de la justicia legal allí donde ésta es deficiente por su carácter general»⁷⁰.

10. Conclusiones

1. A raíz de la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, la figura del guardador de hecho adquiere una presencia más recurrente en el ámbito jurídico, habiéndose visto significativamente reforzada la función que esta figura desempeña como medida de apoyo a las personas con discapacidad. Confiriéndole una trascendencia notablemente superior a la prevista en el derogado artículo 303 del Código Civil, en el régimen vigente, la figura del guardador de hecho recibe una regulación más extensa y detallada en los artículos 263 a 267 del Código Civil, lo que evidencia su consolidación y precisión normativa. Este nuevo enfoque hace que el guardador de hecho deje de ser una figura meramente informal o provisional.

2. La opción legislativa de avanzar hacia una mayor desjudicialización en las medidas de apoyo y, en particular, mediante el reforzamiento de la guarda de hecho, se encuentra fundada en los principios de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, que exige mecanismos flexibles, proporcionales y orientados al respeto de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad. Esta orientación no solo responde a un mandato de reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones, sino que también encaja con los compromisos derivados de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en concreto con aquellos dirigidos a asegurar la inclusión plena y efectiva de este colectivo en todos los ámbitos de la vida social. En este sentido, el impulso de la guarda de hecho contribuye a incrementar la autonomía personal, a reducir barreras procedimentales innecesarias y a promover sistemas de apoyo que se ajusten a estándares de accesibilidad, participación y protección coherentes con la Agenda 2030.

⁶⁹ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 127, 2025, p. 19.

⁷⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro V, Gredos, Madrid, 1985, p. 263.

3. No obstante, se ha desaprovechado la ocasión que proporcionaba la reforma para incorporar en el Código Civil una definición precisa de la figura de la guarda de hecho. Los requisitos para ser guardador de hecho no están establecidos de forma explícita en la ley, sino que se tienen que deducir de la jurisprudencia y la doctrina que consideran que para ser guardador de hecho se tienen en cuenta diversos aspectos esenciales, entre los que destacan la existencia de una relación de confianza con la persona asistida, la prestación de una asistencia habitual y el desempeño efectivo de funciones de apoyo ajustadas a sus necesidades y circunstancias. Estimamos oportuno promover una modificación legislativa que dote a dicha institución de un concepto legal claro, sistemático y coherente con el nuevo régimen de apoyos a las personas con discapacidad, garantizando así una mayor seguridad jurídica y uniformidad en su aplicación.

4. La guarda de hecho es un mecanismo de apoyo basado en la asistencia y el acompañamiento en la toma de decisiones, y no en la sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad, respetando así los principios de autonomía personal y proporcionalidad que inspiran el actual modelo jurídico de apoyos. No obstante, el guardador aunque sea una figura eminentemente asistencial y no representativa, se encuentra en una posición idónea para asumir la representación de la persona con discapacidad en los actos de alcance económico limitado (lo que justifica la ausencia de autorización judicial), que pueden tener una incidencia práctica significativa en la gestión cotidiana de sus intereses. Es acertado, por tanto, que se simplifiquen estos procedimientos y no sea necesaria la intervención judicial en tales supuestos; sin embargo, habría sido deseable una mayor precisión normativa en la delimitación de cada una de las actuaciones exentas de autorización, a fin de evitar criterios dispares y reforzar la seguridad jurídica.

5. La guarda de hecho, por su naturaleza espontánea e informal, tiene unos mecanismos formales de control y fiscalización excesivamente laxos que no permiten verificar de manera sistemática la corrección del desempeño del guardador. Esta ausencia de supervisión más estable y continuada, aunque responde a la flexibilidad inherente a la figura y a su función de dar respuesta inmediata a situaciones de necesidad, no deja de generar riesgos patrimoniales para la persona con discapacidad, especialmente en los casos que requieren una tutela continuada de sus derechos. Por ello, sería deseable la introducción de instrumentos de seguimiento proporcionados, compatibles con la naturaleza asistencial y no profesionalizada de la guarda de hecho, que mejorasen las garantías y asegurasen que la actuación del guardador se oriente efectivamente al interés y la voluntad de la persona protegida.

6. En el marco del vigente modelo de apoyos, cuando la guarda de hecho satisface de manera adecuada todas las necesidades de la persona, no resulta imprescindible acudir a la constitución de un apoyo judicial, puesto que la guarda de hecho opera como mecanismo legítimo de provisión de apoyos aun sin requerir una formalización específica. No obstante, como la última jurisprudencia ha venido interpretando, esta regla no debe aplicarse de manera estricta ni automática, sino que ha de ponderarse en función de la situación concreta tanto de quien precisa los apoyos como de quien los viene prestando. Así, aunque una guarda de hecho eficaz haga innecesaria, por regla general, la intervención judicial, su existencia no impide en todos los supuestos que pueda considerarse procedente establecer un apoyo judicial.

7. Cada individuo presenta circunstancias propias, por lo que la medida a adoptar ha de ajustarse de manera específica a la situación particular de cada caso. En consecuencia, la autoridad judicial deberá verificar, en primer lugar, si existe una guarda de hecho. En caso afirmativo, tendrá que

valorar si esta forma de apoyo resulta adecuada y suficiente para las necesidades de la persona, pudiendo mantenerla tal cual siempre que se garantice su eficacia mediante las salvaguardas necesarias. Alternativamente, el juez podrá considerar oportuno complementarla con una medida judicial de apoyo para ámbitos específicos en los que la guarda de hecho no esté actuando o resulte insuficiente. Finalmente, si se concluye que la guarda de hecho no cumple adecuadamente su función, podrá ser sustituida en su totalidad por una medida de apoyo judicial formal.

8. El marco legal vigente, lejos de simplificar la intervención jurisdiccional, ha intensificado la presencia de los tribunales en los procesos relativos a las medidas de apoyo. Se aprecia un aumento notable de la confrontación procesal entre el Ministerio Fiscal y las partes cuando se trata de decidir si el caso exige la mera formalización de una guarda de hecho o, por el contrario, la instauración de una curatela con funciones representativas. Este escenario revela que el legislador no ha logrado reducir de manera efectiva la carga que soporta la Administración de Justicia, pese a que uno de los objetivos declarados de la reforma era precisamente aliviarla mediante la potenciación de mecanismos de apoyo menos intrusivos y más ágiles. Antes bien, la práctica demuestra que la indeterminación conceptual y la necesidad de ajustar cada medida a la concreta situación personal del individuo generan un volumen adicional de procedimientos y deliberaciones judiciales, que lejos de descongestionar, incrementan la actividad en los órganos competentes.

9. La acreditación de la guarda de hecho continúa presentando serias dificultades en la práctica, pues su carácter espontáneo y no formalizado impide contar con un documento único y concluyente que permita demostrar, frente a terceros, la efectiva asunción de funciones de apoyo. Esta falta de acreditación dificulta la actuación del guardador en ámbitos tan cotidianos como la gestión patrimonial, las relaciones bancarias o la toma de decisiones asistenciales, donde las entidades exigen una justificación clara de la legitimación del guardador. Para paliar estas carencias, se han ido consolidando vías que, sin desnaturalizar la figura, ofrecen mayor seguridad jurídica: entre ellas destaca el acta notarial de notoriedad, que permite constatar de forma fehaciente la existencia y continuidad de la guarda, así como la resolución judicial que, al denegar la constitución de una curatela, reconoce la suficiencia de la guarda de hecho para atender las necesidades de la persona. Ambos instrumentos, sin convertir la guarda en una institución formal, contribuyen a reforzar su operatividad práctica y a facilitar el trato con terceros, garantizando al mismo tiempo la protección de la persona con discapacidad.

10. En todo caso, si bien la figura del guardador de hecho ha adquirido un protagonismo reforzado como medida de apoyo, vemos que la reforma legislativa evidencia ciertas insuficiencias, al no haberse aprovechado la oportunidad para dotar a esta institución de una regulación más exhaustiva. Ello implica haber desaprovechado la posibilidad de desarrollar plenamente su potencial como mecanismo efectivo de protección y asistencia a las personas con discapacidad. No obstante, resulta relevante el avance que supone el carácter preminente de esta figura que se aprecia en la facultad del juez de mantener al guardador de hecho cuando se estime que su intervención es necesaria para proporcionar el apoyo, ya sea de carácter asistencial o representativo, que la persona con discapacidad requiera.

11. Bibliografía

ALBA FERRÉ, Esther, «El reconocimiento de la guarda de hecho como medida de apoyo informal», en LASARTE ÁLVAREZ, Carlos/JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier (coords.), *La reforma en favor de las personas con discapacidad*, Dykinson, 2023, pp. 209-225.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Henar, «Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho», *Revista Jurídica del Notariado*, n. 112, 2021, pp. 499-556.

ALVENTOSA DEL RÍO, Josefina, «El nuevo régimen legal de la curatela» en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.145-226.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco, Libro V*, Gredos, Madrid, 1985.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, José Luis, «La guarda de hecho y su régimen de funcionamiento de la Ley 8/2021», *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 3, 2025, pp. 961-1128.

BARBA, Vincenzo, «El art. 12 de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006», en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 23-54.

BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, Carlos, «La guarda de hecho. El ejercicio de hecho de un derecho», *Revista jurídica valenciana*, n. 41, 2023, pp. 89-114.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «Aproximación a la institución de la guarda de hecho», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2010, n. 722, pp. 2844-2874.

CASCALES BERNABÉU, Paloma, «Guarda de hecho o curatela. El dilema judicial en la aplicación de la Ley 8/2021 a la luz de la jurisprudencia reciente», *Claves Jurídicas*, Nº. 2, 2025, pp. 59-74.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 227-297.

CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes, «El nuevo marco civil de apoyos a la discapacidad en el ejercicio de la capacidad jurídica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 790, 2022, pp. 669-713.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Las medidas voluntarias de apoyo», en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.107-142.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel, «Insuficiencia de la guarda de hecho y surgimiento de la curatela: compatibilidad o complementariedad», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 801, 2024, pp. 319-335.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Estocada a la guarda de hecho. Comentario a la STS de España núm. 875/2024, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2024:3527)», *Revista Boliviana de Derecho*, n. 39, enero 2025, pp. 624-655.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «La guarda de hecho: alcance y problemas de prueba», *La notaria*, n. 1-2, 2023-2024 (*Ejemplar dedicado a: Nuevas tecnologías: estudios doctrinales*), pp. 15-22.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *Revista Jurídica del Notariado*, n. 115, 2022, pp. 11-116.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia», *Diario La Ley*, n. 10168, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 55-106.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, «Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad», *Diario La Ley*, n. 10021, 2022.

DÍAZ PARDO, Gloria, «Nuevo horizonte de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio» en PEREÑA, Montserrat/HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar (dirs.), NUÑEZ NUÑEZ, María (coord.), *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

DONADO VARA, Araceli, «Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad», en CALAZA LÓPEZ, Sonia (coord.), *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n. 33, 2022 (*Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia*).

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal Francisco, *La guarda de hecho y la protección de personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana, *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 58, año 2018, 143-192.

GOMÁ LANZÓN, Fernando, «El guardador de hecho: experiencia notarial tras cuatro años de la Ley 8/2021», *El notario del siglo XXI*, nº 124, 2025, pp. 60-63.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, «La guarda de hecho: una alternativa legal a las medidas judiciales de apoyo. Comentario a la STS de 18 de junio de 2024 (JUR 2024, 206237)», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, n. 127, 2025.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «Superando las dificultades de implementar la guarda de hecho en el tráfico bancario. El Documento interpretativo al Protocolo Marco entre la FGE y las asociaciones bancarias, de 19 julio 2023», *Actualidad Civil*, n. 11, 2023.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión, «Artículo 264 CC», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, pp. 655-667.

LECIÑENA IBARRA, Ascensión, *La guarda de hecho de las personas mayores*, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2015.

LESCANO FERIA, Patricia, *La guarda de hecho*, Dyckinson, Madrid, 2017.

LÓPEZ AZCONA, Aurora, «El sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley aragonesa 3/2024, de 13 de junio», *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. 23, 2025, pp. 112-133.

LUQUE JIMÉNEZ, María del Carmen, «Los contratos conexos en Derecho italiano», *Revista de Derecho Civil*, v. 12, Nº. 3, 2025, pp. 121-174.

MORENO QUESADA, Bernardo, «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, pp. 307-330.

NIETO ALONSO, Antonia, «Comentario al art. 263 CC», en GARCÍA RUBIO, María Paz /MORO ALMARAZ, María Jesús, (dirs.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Cizur Menor, 2022.

NIETO ALONSO, Antonia, «El acta notarial de notoriedad: la conveniencia de su revitalización en el tráfico jurídico. Algunas de sus aplicaciones frecuentes y relevantes», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 770, 2018, pp. 3003-3069.

NÚÑEZ MUÑIZ, Carmen, «La guarda de hecho», *Revista de Derecho Privado*, junio 1999, pp. 428-448.

PALACIOS GONZÁLEZ, Dolores, «Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica», en CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo/GARCÍA MAYO, Manuel (dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Bosch, Madrid, 2021, pp. 417-430.

PARRA LUCÁN, María Angeles, «La guarda de hecho de las personas con discapacidad», en DíEZ-PICAZO, Luis, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, t. II, edit. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 2481-2509.

PAU PEDRÓN, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil» en *Revista de Derecho Civil*, v. V, n. 3 (julio-septiembre, 2018), *Estudios*, pp. 5-28.

PÉREZ MONGE, Marina, «La guarda de hecho a partir del nuevo paradigma de la Convención», en MUNAR BERNAT, Pedro A. (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad. El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 243-276.

PEREÑA VICENTE, Montserrat, «La guarda de hecho. Incógnitas que plantea la nueva regulación de la guarda de hecho: su acreditación, mucho más que una cuestión de prueba», en MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo/BUENO BIOT, Álvaro, (coords.); DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón/ CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, (dirs.), *Entre persona y familia*, Reus, 2023, pp. 67-106.

POLONIO DE DIOS, Gema, «Recorrido jurídico sobre medidas de apoyo a las personas con discapacidad», *Revista Boliviana de Derecho*, n. 35, 2023, pp. 588-625.

ROCA GUILLAMÓN, Juan, «La guarda de hecho», en MORENO FLÓREZ, Rosa María (dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, 2022, pp. 127-136.

ROGEL VIDE, Carlos, *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Ángel, «La guarda de hecho en nuestro Código Civil», *Revista Jurídica del Notariado*, n. 94, 2015, pp. 11-60.

SANTOS URBANEJA, Fernando, *Sistema de apoyo jurídico a las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Cuniepe, Madrid, 2021.

TORAL LARA, Estrella, «El defensor judicial de las personas con discapacidad», en DE VERDA Y BEAMONTE (dir.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo blanch, Valencia, 2022, pp. 299-337.

TORRES COSTA, María Eugenia, (24 de abril de 2023), «La guarda de hecho y el necesario cambio de mentalidad de los bancos», *Hay Derecho*, (<https://www.hayderecho.com/2023/04/24/la-guarda-de-hecho-y-el-necesario-cambio-de-mentalidad-de-los-bancos/>).

TORTAJADA CHARDÍ, Pablo, «La prueba de la guarda de hecho», en MUÑOZ RODRIGO, Gonzalo/BUENO BIOT, Álvaro, (coords.); DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón/ CARAPEZZA FIGLIA, Gabriele, (dirs.), *Entre persona y familia*, Reus, 2023, pp. 487-504.

VELILLA ANTOLÍN, Natalia, «Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del siglo XXI*, número 99, septiembre-octubre 2021

ZAERA NAVARRETE, Juan, «La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad: Su conversión en guarda de derecho», *Revista del Centro de Estudios Jurídicos y de Postgrado CEJUP*, n. 1, 2025, pp. 352-367.

Resolución al hecho y legitimación de la punibilidad de la tentativa

Sumario

-
En este trabajo se ofrece una determinación más precisa del concepto de dolo con el fin de concretar el punto de partida subjetivo en la fundamentación de la tentativa y delimitar adecuadamente su ámbito de punición. Para ello, se recurre al concepto de «decisión» como elemento que constituye el específico contenido de injusto de la conducta dolosa. Esta decisión exige un compromiso del sujeto con la lesión del bien jurídico que es adoptado a partir de la exteriorización de la voluntad del autor. En este sentido, el sujeto estará evidentemente resuelto al hecho cuando lleve a cabo la conducta típica. En cambio, en los «actos preparatorios próximos al tipo» existe todavía la expectativa normativamente fundada de que el autor renuncie a su plan delictivo. Por tanto, en este caso solamente concurre el compromiso requerido cuando la voluntad de ejecución se mantiene hasta un momento inmediatamente anterior a la realización de la conducta ejecutiva, de forma que dicha expectativa queda desvirtuada. Finalmente, se pone de manifiesto la capacidad de rendimiento de la posición defendida para los casos de desistimiento de una tentativa provisionalmente fracasada.

Abstract

-
This paper proposes a more precise determination of the concept of intent with the aim of specifying the subjective point of departure of the rationale for punishing criminal attempts and of appropriately limiting the scope of their punishability. To this end, it draws upon the concept of «decision» as the element constituting the specific wrongdoing of intentional conduct. This decision implies that the perpetrator is committed to harming a legal interest, a commitment that only comes into existence through the externalization of his will in conduct. In this sense, it is evident that the perpetrator is determined to commit the offense at the moment of undertaking the conduct fulfilling the statutory definition. In contrast, regarding «preparatory acts closely related to the offense», there remains a normatively grounded expectation that the perpetrator will withdraw from the planned crime. Consequently, in this case, the required commitment exists only if the will to undertake the conduct is maintained up to a moment immediately prior to the performance of the execution act, thereby invalidating that expectation. Finally, the explanatory power of the position defended is demonstrated regarding cases of withdrawal from a provisionally failed attempt.

Zusammenfassung

-
In diesem Aufsatz wird eine präzisere Bestimmung des Vorsatzbegriffs vorgeschlagen, um den subjektiven Ausgangspunkt bei der Begründung des Versuchs zu konkretisieren und den Umfang der Versuchsstrafbarkeit sachgerecht zu begrenzen. Dafür wird der Begriff der «Entscheidung» herangezogen, der den spezifischen Unrechtsgehalt vorsätzlichen Verhaltens ausmacht. Diese Entscheidung setzt eine Selbstfestlegung des Täters auf die Verletzung des Rechtsguts voraus, die erst mit der Willensbetätigung des Täters vorliegt. In diesem Sinne ist der Täter ersichtlich bei der Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung zur Tat entschlossen. Demgegenüber besteht bei den «tatbestandsnahen Vorbereitungshandlungen» noch eine normativ fundierte

Erwartung, dass der Täter von der geplanten Tat Abstand nimmt. Folglich liegt in diesem Fall die erforderliche Selbstfestlegung erst dann vor, wenn der Ausführungswille bis zu einem Zeitpunkt unmittelbar vor der Vornahme der Ausführungshandlung durchgehalten wird, sodass jene Erwartung entkräftet wird. Abschließend wird die Leistungsfähigkeit der vertretenen Auffassung für die Fälle des Rücktritts vom vorläufig fehlgeschlagenen Versuch aufgezeigt.

Title: Deed-resolution and legitimation of the punishability of criminal attempts

Titel: Tatentschluss und Legitimation der Versuchsstrafbarkeit

-

Palabras clave: tentativa, dolo, decisión contra el bien jurídico, actos preparatorios, desistimiento.

Keywords: attempt, intent, decision against the legal good, preparatory acts, withdrawal.

Stichwörter: Versuch, Vorsatz, Entscheidung gegen das Rechtsgut, Vorbereitungshandlungen, Rücktritt.

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.07

-

1.2026

Recepción
10/12/2025

-

Aceptación
19/01/2026

-

Índice

-

1. Introducción

2. Sobre la determinación del injusto doloso

3. El dolo en el delito intentado

3.1. Sobre la relación entre el dolo y la legitimación de la punibilidad de la tentativa

3.2. Sobre la relación entre el dolo y el estadio de la tentativa

a. El dolo en la realización de la conducta típica

b. El dolo en la realización de un «acto preparatorio próximo al tipo»

4. Recapitulación y consideraciones sobre la teoría del desistimiento

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

Supone una tarea arriesgada dedicar una contribución en un libro homenaje a un tema que, hasta donde se alcanza, nunca estuvo en el foco de atención particular del homenajeado. A efectos de justificación o, como mínimo, de disculpa, puede señalarse que la materia escogida tiene que ver, al fin y al cabo, con cuestiones fundamentales de la legitimación de la punibilidad en el estadio previo a la realización típica. Dado que el homenajeado ha estado siempre especialmente interesado en las cuestiones fundamentales y los problemas vinculados a los límites de la intervención del Derecho penal, quizá el tema no sea absolutamente inapropiado, aun cuando venga acompañado de un tupido ropaje dogmático.

Como es conocido, la doctrina mayoritaria identifica el fundamento de punición de la tentativa, conforme a la «teoría mixta subjetivo-objetiva», con una manifestación de la voluntad contraria al Derecho¹. En este contexto, el límite entre la preparación y la tentativa lo marca el elemento objetivo —si bien, a enjuiciar sobre la base de la representación del autor— de la disposición inmediata a la realización del tipo. Detrás de ello subyace una concepción que se corresponde, asimismo, con el esquema habitual de análisis jurídico: desde una perspectiva subjetiva se requiere la presencia de una resolución al hecho cuya existencia se considera, en términos temporales, independiente del inicio de la tentativa. El dolo, por tanto, no es cuestionado por el mero hecho de que en el siguiente paso se demuestre que el suceso no ha prosperado hasta el estadio de la disposición inmediata².

Esta perspectiva desaprovecha el potencial limitador de la punibilidad que se encuentra contenido en una adecuada caracterización del dolo. Una determinación más precisa del dolo en atención a su relevancia para el injusto penal permite, en cambio, una delimitación entre la fase preparatoria y la tentativa compatible, al mismo tiempo, con el punto de partida subjetivo en la determinación del injusto de la tentativa.

2. Sobre la determinación del injusto doloso

La afirmación que puede encontrarse reiteradamente según la cual el dolo de la tentativa sería idéntico al del delito consumado³ requiere para su corroboración, en primer lugar, aclarar qué es lo que constituye el específico contenido de injusto de la conducta dolosa. Este reside en la decisión del autor contra el bien jurídico⁴. Ciertamente, esta concepción solo obtiene su

* Autor/a de contacto: Uwe Murmann (sekretariat.murmann@jura.uni-goettingen.de). Título original: «Tatentschluss und Legitimation der Versuchsstrafbarkeit», en BUBLITZ *et al.* (eds.), *Recht — Philosophie — Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2020, pp. 727-743. Traducción a cargo de Pau Alabau Pereiro (pau.alabau@upf.edu), quien agradece al Prof. Dr. Uwe Murmann su amable acogida en la Georg-August-Universität Göttingen durante el otoño de 2025.

¹ BGHSt, 5 StR 28/1958, de 29 de abril, pp. 326-327; HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.ª ed., 2007, Vor §§ 22 ff., nm. 60 ss.; KUDLICH/SCHUHR, *SSW-StGB*, 4.ª ed., 2019, § 22, nm. 6; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.ª ed., 2019, 28/31-32.

² Decididamente, en este sentido, HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.ª ed., 2007, § 22, nm. 50.

³ HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.ª ed., 2007, § 22, nm. 31, 38; KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., 2017, 15/23-24; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, 29/71; STEIN, *SK-StGB*, t. I, 9.ª ed., 2017, § 16, nm. 27. De otra opinión, DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 12-13, 63 ss.; HAAS, «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *ZStW*, (123-2), 2011, p. 257.

⁴ ROXIN, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363. Besprechung des Urteils des BGH vom 22.4.1955 – 5 StR 35/55», *JuS*, (4-2), 1964, p. 58; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6.ª ed., 2011,

capacidad para fundamentar el injusto cuando se integra en una comprensión del Derecho en la que el autor puede ser concebido como co-constituyente de los bienes jurídicos. Por tanto, no se trata principalmente de la decisión a favor de la lesión de un concreto objeto del bien jurídico⁵; más bien, a través de esta solo se transmite el sentido lesivo. Los bienes jurídicos son, en este sentido, «elementos existenciales de la libertad» que son «constituidos en un proceso de reconocimiento recíproco»⁶. En este contexto, se atribuye a la «decisión» del autor en favor de la realización típica un poder lesivo que no solo se limita a objetos externos, sino que afecta a la relación con la víctima (así como con la colectividad) precisamente en su juridicidad⁷. Por tanto, lo que caracteriza al dolo (a diferencia de la imprudencia) es que el autor, con la realización de la conducta jurídicamente desaprobada, no solo desatiende la pretensión de reconocimiento que emana del bien jurídico protegido (al fin y al cabo, del portador del respectivo bien jurídico que se encuentra detrás de este), sino que la niega.

Las reflexiones precedentes se basan en la asunción de que el autor también habría sido capaz de omitir la lesión del bien jurídico; el concepto de «decisión» sugiere, como mínimo, esta posibilidad. En el plano del injusto, esta capacidad se presupone predominantemente de modo general; su ausencia excepcional se aborda como una cuestión de la culpabilidad. Evidentemente, con la participación en la constitución del bien jurídico —a partir de la cual se hace plausible la posibilidad de lesionar dicho bien jurídico—, se presupone una comprensión de libertad más exigente que aquella a la que se alude con la capacidad para decidir entre alternativas. Aquí subyace una discrepancia con la posición de Reinhard MERKEL, quien se muestra más contrario que agnóstico ya frente a la posibilidad del «poder actuar de otro modo», así como frente a la posibilidad de una «causalidad mental»⁸. Sin embargo, MERKEL ha desarrollado este punto de vista en relación con la culpabilidad y solo de pasada ha señalado que ya en la dirección de la acción mediante la voluntad, es decir, «en el elemento de la acción típica», no habría una «respuesta *pro libertate* convincente»⁹. Ciertamente, la cuestión se plantea igualmente en relación con el dolo, al menos cuando este no se agota en que el autor, por así decirlo, se contemple a sí mismo al ejecutar la conducta, sino que se concibe como parte de un actuar injusto que entra en consideración como objeto de un reproche personal.

Con ello todavía no se excluye que también pueda otorgarse relevancia a las consideraciones aquí expuestas en un concepto en el que se descarte la posibilidad de una dirección del comportamiento mediante la voluntad, así como la capacidad de actuar de otro modo. Sin embargo, dado que un concepto semejante es en gran medida contraintuitivo, esto es, contrario a la «experiencia subjetiva del poder de decisión humano»¹⁰, no puede sorprender que un concepto tan marcado por el entendimiento cotidiano como el de «decisión» no pueda conservar el significado que le corresponde dentro del marco de la concepción del mundo habitual.

8/66; JOECKS, *MüKo-StGB*, t. I, 3.ª ed., 2017, § 16, nm. 12; MURMANN, *Grundkurs*, 5.ª ed., 2019, 24/7; además —decididamente en términos de racionalidad instrumental— FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 111.

⁵ Igualmente, MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.ª ed., 2014, p. 124.

⁶ ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 165; KAHLO, «Die Weisheit der absoluten Theorien», en HERZOG (ed.), *FS Hassemer*, 2010, pp. 410 ss.

⁷ Fundamental, ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 126 ss.

⁸ Vid. MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.ª ed., 2014, pp. 9, 86-87, 114, 134.

⁹ MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.ª ed., 2014, pp. 86-87.

¹⁰ MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.ª ed., 2014, p. 35.

En una concepción funcional del injusto, orientada a necesidades de estabilización fáctica de la norma¹¹, deberá considerarse suficiente como «decisión» de una persona el hecho de que se le pueda atribuir un comportamiento antinormativo. Esta atribución puede llevarse a cabo sin problema desde una perspectiva *ex post* —igual que sucede con una decisión concebida como libre—. Sin embargo —y ello es relevante para la tentativa—, el comportamiento humano futuro nunca resulta predecible con total certeza. Por tanto, todo reproche de tentativa en perjuicio de un autor que todavía no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva resulta aquejado de un especial problema de legitimación. No obstante, esta cuestión se plantea de forma completamente distinta dependiendo de si la incertidumbre resulta del hecho de que el autor sea visto como una persona libre o de si se deriva del hecho de que un comportamiento decisorio predeterminado, debido a su complejidad y a la imposibilidad de abarcar todos los factores que influyen en este, a diferencia de lo que sucede en el ámbito teórico, no puede predecirse de forma fiable en la práctica. Mientras que en el primer caso existe una incertidumbre categorial y, por ello, en atención a la libertad de decisión del autor, debe aproximarse al máximo el inicio de la tentativa al estadio de la ejecución, en el segundo caso la imposibilidad práctica de esclarecimiento no se opone, en principio, a una anticipación de la reacción jurídica. No obstante, en un mundo hipotético en el que la comisión de hechos futuros fuera predecible de forma segura con base en el conocimiento de los procesos de determinación, dicha reacción no sería probablemente de naturaleza jurídico-penal, pues el peligro potencial podría controlarse mediante el establecimiento de otros determinantes; por así decirlo, mediante una «reprogramación».

Es evidente que puede discutirse en detalle qué requisitos deben exigirse para la decisión contra el bien jurídico que caracteriza al dolo¹² —ello constituye el objeto de las distintas teorías acerca de los requisitos que deben exigirse para el dolo—. En particular, pueden mantenerse opiniones distintas en relación con la respuesta a la pregunta sobre si el autor se ha decidido ya en contra del bien jurídico cuando, pese al conocimiento del peligro, lleva a cabo la conducta no permitida (teorías cognitivas) o si, además, debe exigirse también una relación volitiva respecto a la realización de las circunstancias del hecho (teorías volitivas). Si se exige esto último, también puede responderse de forma distinta la pregunta sobre si la decisión existe ya mediante la aceptación aprobatoria [*billigende Inkaufnahme*] (en sentido jurídico) de la realización de las circunstancias del hecho o solo cuando el autor se muestra indiferente frente a la realización del hecho.

Independientemente de la discusión en torno a los concretos requisitos del dolo, no basta en ningún caso con que el autor adopte una actitud interna hostil al bien jurídico. Una «decisión» demanda, más bien, que el autor exteriorice su actitud respecto al bien jurídico mediante una conducta¹³ cuya ejecución resulta prohibida bajo pena precisamente para proteger dicho bien jurídico. Solo entonces el autor se ha comprometido de forma vinculante, en una situación concreta, con el menosprecio hacia el bien jurídico, es decir, solo entonces ha adoptado una *decisión* concluyente en contra del bien jurídico¹⁴. A este respecto, el legislador dispone a través de los tipos penales qué decisiones del autor deben ser valoradas como lesiones intelectuales de

¹¹ En este sentido, MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.ª ed., 2014, pp. 124 ss.

¹² Una visión de conjunto sobre este punto, por ejemplo, en MURMANN, *Grundkurs*, 5.ª ed., 2019, 24/21 ss.

¹³ Vid. MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.ª ed., 2014, pp. 15-16.

¹⁴ Frente al criterio de la creación de «peligros psicológico-sociales para el mundo de los bienes jurídicos», considerado decisivo por FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 112, esta concepción es más precisa, entre otras cosas, por el hecho de que no se centra en la disposición subjetiva del resto de los miembros de la sociedad. El propio FRISCH había criticado previamente la falta de precisión de la formulación «decisión contra el bien jurídico» (*Vorsatz und Risiko*, 1983, p. 111).

la relación de reconocimiento¹⁵. Con carácter previo, la actitud del autor es meramente provisional y, en principio, jurídicamente irrelevante, aun cuando pueda manifestarse en actos preparatorios impunes. Ciertamente, en términos coloquiales también puede hablarse de una «decisión» cuando una persona ya se ha comprometido con una posición antes de ingresar en el estadio de su realización. Pero aquí queda siempre la opción —normativamente esperable— de apartarse del plan delictivo adoptado. Por ello, la resolución que permanece en la esfera interna o que se manifiesta en meros actos preparatorios impunes carece de relevancia jurídica. Esta idea se ve reforzada nuevamente con la referencia al vigente Derecho penal del hecho; sin embargo, su fundamentación es más profunda y concierne al Derecho como tal.

El § 16, ap. 1, 1.^a frase StGB recoge la exigencia de una decisión manifestada a través de la conducta, al menos para el delito consumado, al establecer que el autor actúa sin dolo cuando, «al cometer el hecho, no conoce una circunstancia que pertenece al tipo legal». Con ello no solo se pone de manifiesto el requisito de la presencia de dolo en el momento de realizar la conducta ejecutiva, sino que, al mismo tiempo, se deja claro que no existe un dolo más allá del momento de la ejecución. De este modo puede afirmarse, para el delito consumado, que el autor adopta su decisión contra el bien jurídico mediante un dolo que debe estar presente en el momento de llevar a cabo la conducta típica y que confiere a dicha acción su carácter específico. El «dolo antecedente», por tanto, no es en absoluto dolo¹⁶.

A primera vista, la idea de que el dolo no solo se manifiesta en la conducta ejecutiva, sino que solo entonces adquiere su carácter de decisión, no desempeña ningún papel en la consumación pues en esta, al fin y al cabo, no puede haber ninguna duda de que el autor ha recorrido el estadio de la decisión. Así, la determinación del momento en el cual el autor adopta su decisión contra el bien jurídico despliega toda su relevancia, precisamente, a partir de la fase de tentativa. Ahora bien, tampoco puede afirmarse que, fuera de este ámbito, ello carezca de toda importancia. En efecto, la ausencia de una resolución al hecho jurídicamente relevante en fase preparatoria es desconocida en la doctrina del *omnimodo facturus*, conforme a la cual aquel que está resuelto al hecho ya no puede ser inducido. Esta doctrina implica un compromiso de la persona que no es ni empíricamente correcto ni normativamente adecuado¹⁷. Evidentemente, el «*omnimodo facturus*» todavía no se ha comprometido con la comisión del hecho de modo concluyente. Por muy resuelto al hecho que pueda estar, la posibilidad de una modificación de sus planes forma parte de su libertad¹⁸. Así, solo puede pronunciarse un juicio definitivo sobre si la incitación del inductor ha influido en la decisión del autor principal cuando este último ha adoptado

¹⁵ En este sentido, se atribuye al legislador un poder de definición sobre qué clases de comportamientos pueden considerarse relevantes como expresión de una decisión contra un bien jurídico. Es evidente que, desde esta perspectiva, ciertos adelantamientos de la punibilidad pueden ser valorados críticamente. Esta crítica se centra, normalmente, en la todavía baja peligrosidad objetiva de tales clases de comportamientos. Sin embargo, la crítica también puede orientarse hacia la cuestión acerca de si el autor, en un estadio temprano, ha adoptado ya una decisión contra el bien jurídico.

¹⁶ Acertadamente, KÜHL, *AT*, 8.^a ed., 2017, 5/21.

¹⁷ Sobre la crítica, MURMANN, *SSW-StGB*, 4.^a ed., 2019, § 26, nm. 6; PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, (131), 1984, pp. 117 ss.; STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 18 ss.

¹⁸ SATZGER, «Der “omnimodo facturus” – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», *JURA*, (39-10), 2017, pp. 1169 ss., se opone (p. 1170) a la crítica esgrimida contra la figura del *omnimodo facturus* indicando que también en el § 30 StGB concurre una resolución firme. No obstante, ello no es acertado, dado que una resolución en los términos del § 30 StGB, precisamente, no ha manifestado su firmeza a través de la ejecución del hecho. El hecho de que el legislador también castigue bajo pena decisiones provisionales debido a los peligros que llevan aparejados no significa que una decisión de esta naturaleza constituya una resolución al hecho en el sentido de los §§ 16, 22 StGB. Consecuentemente, el § 30 StGB pretende criminalizar la peligrosidad abstracta de los procesos de dinámica grupal (MURMANN, *SSW-StGB*, 4.^a ed., 2019, § 30, nm. 1).

efectivamente su decisión, es decir, en el estadio de la ejecución del hecho principal. Es aquí donde se plantea la cuestión acerca de si se ha realizado la incitación en la concreta resolución al hecho. Por tanto, contrariamente a la doctrina absolutamente dominante, el llamado *omnimodo facturus* puede ser efectivamente inducido. Ello salta a la vista cuando el sujeto que, en el momento de la incitación, estaba resuelto al hecho, cambia inicialmente de parecer, pero finalmente comete el hecho bajo la influencia de dicha incitación¹⁹.

3. El dolo en el delito intentado

3.1. Sobre la relación entre el dolo y la legitimación de la punibilidad de la tentativa

El injusto del delito intentado se identifica comúnmente con la manifestación de una actitud o de una voluntad del autor contrarias a Derecho²⁰. Por regla general, detrás de ello subyace la imagen de un autor que, en algún momento —normalmente, todavía en la fase preparatoria—, se ha formado una voluntad contraria a Derecho. Esta puede manifestarse entonces a través de distintos actos preparatorios que, por regla general, son todavía irrelevantes jurídico-penalmente, hasta que finalmente se configura como base de un comportamiento que, acompañado del predicado «disposición inmediata», marca el ingreso en el estadio de la tentativa punible²¹. El componente objetivo completa en cierto modo el injusto de la tentativa y legitima, junto con la voluntad contraria a Derecho preexistente —la cual, a partir de entonces, se denomina dolo o resolución al hecho—, la punibilidad de la tentativa. La teoría de la impresión encaja en este modelo: el acto externo conmociona al Derecho cuando este ha alcanzado —conforme a la representación del autor— una cierta proximidad respecto a la realización del hecho.

Conforme a las consideraciones precedentes, este habitual enfoque pasa por alto la relevancia constitutiva del dolo para el injusto y, con ello, su trascendencia para legitimar la punibilidad de la tentativa, pues la decisión contra el bien jurídico que caracteriza al dolo todavía no existe en fase preparatoria. Ciertamente, a primera vista podría admitirse que el planteamiento erróneo que presupone un dolo ya existente en fase preparatoria sería inocuo dado que, en cualquier caso, la punibilidad de la tentativa solo encuentra su fundamento a partir del estadio de la disposición inmediata. No obstante, la idea de que la resolución de cometer el hecho existe ya en fase preparatoria y, para fundamentar la punibilidad, solo requiere que se alcance una cierta proximidad respecto a la realización del hecho descuida el potencial limitador de la punibilidad de la tentativa contenido en una adecuada determinación del dolo. La orientación hacia el peso de la contribución externa —algo que caracteriza particularmente a la teoría de la impresión— no logra fundamentar ni, por tanto, limitar la punibilidad de la tentativa adecuadamente. Sin embargo, la insuficiente determinación de la parte subjetiva del hecho se encuentra implícita ya en la descripción tradicional de la teoría subjetiva de la tentativa, según la cual el fundamento de punición de la tentativa residiría en la «actitud contraria a Derecho» manifestada. Esta formulación induce a inferir erróneamente que, en la parte subjetiva del hecho, se trataría únicamente de una determinada disposición de ánimo cuya eficacia práctica carece de importancia decisiva. Ante esta tesitura resulta comprensible, asimismo, la objeción esgrimida frecuentemente contra la teoría subjetiva de la tentativa, según la cual esta última tendería a una

¹⁹ STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus*, 2011, pp. 164 ss.

²⁰ Véase ya las referencias en n. 1.

²¹ En este sentido, por ejemplo, HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, § 22, nm. 50.

extensión desmesurada de la punibilidad de la tentativa²². En efecto, si se asume que podría «formarse la resolución definitiva al hecho ya días antes del hecho»²³, entonces resulta evidente que esta no permite delimitar el ámbito de la tentativa. Si se combina este planteamiento, por ejemplo, con la teoría de la impresión, en ese caso el inicio de la tentativa depende del sentimiento de los otros miembros de la comunidad jurídica, quienes tendrán poco en cuenta la libertad del autor, aún subsistente, de distanciarse del plan proyectado.

Por tanto, una adecuada determinación de la dimensión interna del hecho es capaz de reforzar de modo decisivo la teoría mixta subjetivo-objetiva en su punto de partida subjetivo. Con ello se persigue ya un objetivo legítimo, dado que esta teoría se corresponde con la regulación legal y, asimismo, con la voluntad del legislador²⁴. En caso de aceptar la fundamentación subjetiva del injusto de la tentativa, el problema de legitimación en esta no radica en la cuestión de que el hecho no alcance la consumación o, incluso, de que no concurra peligro objetivo alguno, sino en el hecho de fundamentar que el autor ha adoptado la decisión contra el bien jurídico requerida. La teoría subjetiva implica que ya la voluntad, que es concebida en sí misma como dotada de capacidad lesiva, en caso de objetivarse, puede lesionar el bien jurídico (de la víctima, de la colectividad o del Estado)²⁵.

Del mismo modo que en el delito consumado, la decisión que entra en consideración como base de la punibilidad de una tentativa no puede ser concebida sin una parte objetiva²⁶. PUPPE escribe, certeramente: «La resolución al hecho jurídico-penalmente relevante surge, por tanto, solo con y en el hecho. Así como la voluntad configura el hecho, solo el hecho configura la voluntad»²⁷. Si se entiende la teoría subjetiva en este sentido, entonces la preocupación por una expansión desmedida de la punibilidad de la tentativa es injustificada. Al contrario, de forma mucho más fiable que una teoría de la impresión orientada a las percepciones subjetivas de los demás miembros de la comunidad jurídica, esta sitúa «la tentativa prácticamente en el límite mismo de la conducta típica»²⁸. Ello se debe a que el autor debe haber mantenido su disposición hasta una fase en la que prácticamente no hay vuelta atrás y en la que, por tanto, puede afirmarse fundadamente que este se ha decidido por la lesión del bien jurídico (más detalladamente, *infra* 3.2.b)). Así, la entrada en el estadio de la tentativa debe analizarse a partir de la decisión adoptada por el autor. Los procesos externos, es decir, la cuestión acerca de los pasos intermedios necesarios, adquieren relevancia por su valor informativo sobre el hecho de hasta qué punto el autor ha mantenido su plan delictivo y se ha comprometido con su realización. En este sentido,

²² Así, por ejemplo, ESER/BOSCH, *Schönke/Schröder*, 30.ª ed., 2019, Vor §§ 22 ff., nm. 21.

²³ HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.ª ed., 2007, § 22, nm. 50. [N. del T.: Debido a un error material, el autor cita el nm. 50 del comentario correspondiente al «Previo a los §§ 22 ss.»].

²⁴ Detalladamente, HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.ª ed., 2007, Vor §§ 22 ff., nm. 60.

²⁵ No obstante, la importancia capital de la parte subjetiva del hecho no es algo específico de la tentativa, sino que se justifica por el hecho de que cualquier modificación de la realidad (social) solo puede adquirir su carácter de injusto de tentativa o injusto consumado sobre la base de la disposición interna del autor; Vid. ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 233.

²⁶ ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 246 (sobre el concepto de la «resolución al hecho»).

²⁷ PUPPE, GA, (131), 1984, p. 117.

²⁸ ROXIN, «I. Teil. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme», en ROXIN/STREE/ZIPE/JUNG (eds.), *Einführung in das neue Strafrecht*, 1974, pp. 15-16.

formulaciones como la «prueba de fuego de la situación crítica»²⁹ o el «umbral del vamos allá»³⁰ expresan mejor el punto decisivo que la ausencia de pasos intermedios³¹, si bien debe destacarse, ciertamente, que la conducta de tentativa no solo manifiesta la decisión, sino que es parte de la decisión misma³². Lo anterior no altera el hecho de que la teoría de los actos intermedios resulta de gran utilidad, siempre que se tenga en cuenta su capacidad explicativa respecto al estadio del compromiso. Asimismo, para la interpretación del criterio de la «esencialidad» de los pasos intermedios, la referencia a la decisión del autor constituye una concreción clara y una garantía frente a la determinación ajena.

Ya del principio de determinación (Art. 103, ap. 2 Ley Fundamental) se desprende que los tipos penales deben establecer aquellos comportamientos a través de cuya realización el autor se compromete de forma vinculante a lesionar un bien jurídico, es decir, a través de los cuales este adopta su decisión contra el bien jurídico. Ello rige también, en principio, para la tentativa. Sin embargo, en esta, la vinculación con el tipo penal debe modificarse en dos sentidos. Por un lado, del carácter decisivo de la dimensión subjetiva del hecho se desprende que el autor también puede adoptar su decisión mediante la realización de conductas que solo con base en la representación del autor deberían considerarse típicas (como ocurre, en particular, en la tentativa inidónea). Por otro lado, el § 22 StGB extiende el ámbito de la tentativa más allá del tipo penal hasta la fase de la disposición inmediata. Respecto a este último punto es necesario, por tanto, diferenciar según el estadio en el que se encuentra la realización del plan delictivo.

3.2. Sobre la relación entre el dolo y el estadio de la tentativa

Partiendo de la idea de que el dolo, como decisión contra el bien jurídico, no puede ser concebido sin referencia a la parte externa del hecho, debe señalarse aquí ya que las diferencias en el estadio de realización también deben repercutir en la dimensión subjetiva del hecho. Para analizar estas divergencias con mayor precisión, debe distinguirse según si el autor ya ha llevado a cabo la conducta típica o si este se ha dispuesto inmediatamente a ello.

Esta diferenciación no es (totalmente) idéntica a la distinción efectuada entre tentativa acabada e inacabada en sede de desistimiento. Por supuesto, resulta evidente la intuición de que la tentativa inacabada marca el estadio en el que el autor (siempre: con base en su representación) todavía no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva, mientras que la tentativa acabada se refiere a la situación existente tras la realización de esta³³. Sin embargo, tal interpretación no se compadece con la comprensión de los conceptos que subyace en el marco del § 24 StGB. Así, es cierto que no puede apreciarse una tentativa acabada si el autor, según su representación, aún no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva. Sin embargo, a la inversa, no concurre necesariamente una tentativa acabada (en el sentido de la dogmática del desistimiento) por el hecho de que el autor haya llevado a cabo la conducta ejecutiva. Ello se debe a que, si se considera como decisivo para la distinción entre tentativa acabada e inacabada, con la teoría de la consideración global

²⁹ BOCKELMANN, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», *JZ*, (9-15/16), 1954, p. 473, quien a continuación caracteriza el momento decisivo en el sentido de que sería el «instante en el que se toma la última decisión relevante acerca del “sí” del hecho».

³⁰ BGHSt 26, 201, p. 203.

³¹ Es cierto que también las formulaciones subjetivadoras son propensas a generar malentendidos; especialmente, la idea de que el autor debería reflexionar efectivamente sobre un umbral y, por así decirlo, definirlo. En este sentido, de lo que se trata más bien es de la cuestión de una valoración jurídica.

³² PUPPE, GA, (131), 1984, p. 117.

³³ En este sentido, por ejemplo, BGHSt 43, 177, p. 179.

(*Gesamtbetrachtungslehre*), el horizonte del desistimiento, puede suceder que tras la realización de la conducta ejecutiva esta se revele como inofensiva —y, por ello, se aprecie una tentativa inacabada en el sentido del § 24 StGB—.

a. *El dolo en la realización de la conducta típica*

Si el autor ha llevado a cabo la conducta típica, en lo que respecta al desvalor de acción no existe ninguna diferencia con el delito consumado³⁴. El autor ha adoptado su decisión contra el bien jurídico con la realización de la conducta ejecutiva, por lo que forzosamente ha entrado en el estadio de la tentativa.

Lo anterior ha sido discutido en ocasiones para las constelaciones de casos en las que entre el comportamiento del autor y la consumación del hecho existe una distancia todavía sustancial. Así, en el «caso del ácido clorhídrico», el BGH (Tribunal Supremo Federal alemán) hizo depender el inicio de la tentativa del autor mediato tras la realización de la conducta de influencia típica del hecho de que el instrumento debiera proceder «de inmediato» a la ejecución el hecho³⁵. Para la constelación de casos en los que el autor cuenta con una autolesión por parte de la víctima condicionada por error —estructuralmente equiparables a los casos de autoría mediata³⁶—, el BGH, en el «caso del farmacéutico», consideró decisiva la magnitud del riesgo representado por el autor de realización de la conducta autolesiva. Así, con la colocación de una trampa con veneno no concurriría todavía una disposición inmediata si la producción del resultado, según lo esperado por el autor, todavía hubiera sido demasiado improbable³⁷. Finalmente, la jurisprudencia ha afirmado en distintas ocasiones que las conductas de engaño que deben servir al autor, por ejemplo, para procurarse la confianza de la víctima o, en general, para preparar el terreno para ulteriores engaños, a pesar de que colman ya el tipo del § 263 StGB, no conducen, sin embargo, al estadio de la tentativa «si con ello el autor no se ha dispuesto todavía hacia la lesión del derecho que fundamenta la punibilidad —o una punibilidad agravada—»³⁸. En todas estas constelaciones de casos, por tanto, se encuentra la idea de que el sujeto, a pesar de haber llevado a cabo la conducta ejecutiva típica, todavía no se ha dispuesto inmediatamente en el sentido del § 22 StGB.

³⁴ Del mismo modo, DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 97; WEGE, *Rücktritt und Normgeltung*, 2011, pp. 70, 73 (quien, no obstante, ignora la relevancia del desvalor de resultado).

³⁵ BGHSt 30, 363, p. 365; BGHSt 40, 257, pp. 268-269. Véase también BGH, NStZ 2001, 475, p. 476; BGHSt 43, 177, pp. 177 ss. (con comentario crítico de ROXIN, «BGH, 12. 8. 1997 — 1 StR 234/97. Zum „Anfang des beendeten Versuchs“», JZ, [53-4], 1998, pp. 209 ss.; con comentario favorable de OTTO, «Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers – Giftfalle», NStZ, [18-5], 1998, pp. 241-244). Sobre ello, también RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., 2018, 36/14; WOLTERS, «Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbstschädigenden Tatmittlers», NJW, (51-9), 1998, pp. 578 ss.

³⁶ BGHSt 43, 177, p. 180.

³⁷ BGHSt 43, 177, pp. 182-183.

³⁸ BGHSt 31, 178, p. 182; igualmente, OLG Schleswig, SchlHAnz 1987, 101. Favorables, HILLENKAMP, *LK-StGB*, t. II, 12.^a ed., 2007, § 22, nm. 94; HOFFMANN-HOLLAND, *MüKo-StGB*, t. I, 3.^a ed., 2017, § 22, nm. 107; KÜPER, «„Teilverwirklichung“ des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs? — Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 16. 1. 1991», JZ, (47-7), 1992, p. 345; parcialmente coincidente ya BURKHARDT, «Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungs-handlung zum Betrug – OLG Karlsruhe NJW 1982, 59», JuS, (23), 1983, pp. 426 ss. De otra opinión, BGHSt 37, 294, p. 296; BGH, NStZ 2011, 400; BGH, NStZ 2002, 433, p. 435; OLG Karlsruhe, NJW 1982, 59; BLOY, «Betrug zum Nachteil eines Maklers. Anmerkung zu BGH JR 1984, 121», JR, (3), 1984, pp. 124-125; BOSCH, «Unmittelbares Ansetzen zum Versuch», JURA, (33-12), 2011, p. 911; IESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, p. 521; KÜHL, AT, 8.^a ed., 2017, 15/55; MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 13 ss.; críticamente también MAAß, «Betrug gegenüber einem Makler – BGHSt 31,178», JuS, (24), 1984, p. 28.

Pues bien, ello es incorrecto ya que, si el autor se ha decidido, con la realización de la conducta ejecutiva, en contra del bien jurídico, en ese caso concurren tanto los requisitos subjetivos como los objetivos del injusto de la tentativa. Por supuesto, una pregunta completamente distinta es si el autor efectivamente ha llevado a cabo una conducta que deba calificarse como ejecutiva, lo que constituye una cuestión de interpretación del tipo objetivo. A modo de esbozo: si el autor ha dejado escapar de sus manos el curso de los acontecimientos, el lapso temporal hasta la realización del peligro no se opone a la calificación de la conducta como jurídicamente desaprobada y típica («caso del ácido clorhídrico»)³⁹. Si el autor conserva el riesgo bajo su control, porque puede eliminar en cualquier momento y sin riesgo la fuente de peligro, resulta apresurado considerar como acto ejecutivo la última conducta activa del autor⁴⁰. En una constelación tal, la conducta ejecutiva típica no reside ya en la disposición activa del veneno, sino en la no eliminación del veneno con la que se infringe el deber de garante por injerencia; es decir, en una omisión⁴¹.

En este mismo contexto resulta de interés la posición de FRISTER, quien aprecia una conducta ejecutiva que fundamenta una tentativa en la disposición de la trampa con veneno, lo que argumenta con la idea de que, a la vista de la situación así configurada, no se requiere ninguna decisión adicional del autor para producir el resultado⁴². Ello no convence por el hecho de que, de este modo, el desencadenar un curso de los acontecimientos se sobreinterpreta como un compromiso definitivo, a pesar de que, en realidad, el acto externo no fundamenta la decisión⁴³. Una decisión de este tipo solo puede constituir un fundamento legítimo de la punibilidad cuando está presente en un estadio en el que se puede asumir con cierta fiabilidad que esta será efectivamente mantenida. Mientras el autor mantenga la fuente de peligro en su ámbito de dominio, este puede invocar justificadamente su libertad aún subsistente de eliminar dicha fuente de peligro. Finalmente, algo similar rige también en referencia a las conductas de engaño precedentes en la estafa: una clase de comportamiento no es ya una acción de engaño en el sentido del § 263 StGB por el mero hecho de que, desde un punto de vista fenomenológico, coincida con la descripción del comportamiento típico como «engaño»⁴⁴. El juicio de

³⁹ Por tanto, este criterio, que según una extendida doctrina debe ser decisivo para la determinación del inicio de la tentativa (p. ej., BGH, NSTZ 1986, 547; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 29.ª ed., 2018, § 22, nm. 9; RENGIER, AT, 10.ª ed., 2018, 36/10 ss.; RÖNNAU, «Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten», *JuS*, [54-2], 2014, pp. 111-112; ROXIN, «Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten», en SCHROEDER/ZIPF [eds.], *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, p. 227; EL MISMO, «Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch», *JuS*, [19-1], 1979, p. 11; EL MISMO, «BGH, 12. 8. 1997 — 1 StR 234/97. Zum „Anfang des beendeten Versuchs“», *JZ*, [53-4], 1998, pp. 211-212; JÄGER, *SK-StGB*, t. I, 9.ª ed., 2017, § 22, nm. 39), afecta, correctamente, a la interpretación del tipo penal.

⁴⁰ Así, sin embargo, FRISTER, «Der Begriff „Verwirklichung des Tatbestandes“ in § 22 StGB», en KÜPER/ZÖLLER (eds.), *Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag*, 2013, pp. 384-385; HOFFMANN, «Über das unmittelbare Ansetzen während zeitlich gestreckter Handlungsabläufe», *JA*, (48-3), 2016, pp. 196-197; SCHEINFELD, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, 2006, pp. 77-78.

⁴¹ MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 16 ss.; STRENG, «Wie „objektiv“ ist der objektive Versuchstatbestand? Der „komplettierte Tatenschluß“ und seine Ausführung durch Tun oder Unterlassen», en GÖSSEL (ed.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, pp. 338, 343, 346-347. Vid. también JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, 25/72; ROXIN, en SCHROEDER/ZIPF (eds.), *FS Maurach*, 1972, pp. 221-222.

⁴² FRISTER, en KÜPER/ZÖLLER (eds.), *FS Wolter*, 2013, p. 385. La mayoría de los autores que ven en la disposición del veneno una conducta ejecutiva activa parten de que el inicio de la tentativa sucede a la conducta ejecutiva; por ejemplo, SCHEINFELD, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, 2006, pp. 78-79.

⁴³ Acertadamente, ROXIN, en SCHROEDER/ZIPF (eds.), *FS Maurach*, 1972, p. 216, señala que, dentro del propio ámbito de dominio, no existe ninguna diferencia relevante entre la acción y la omisión.

⁴⁴ BGHSt 37, 294, p. 296; BGH, NSTZ 2011, 400; BGH, NSTZ 2002, 433, p. 435; OLG Karlsruhe, NJW 1982, 59 (con comentarios en contra de BURKHARDT, *JuS*, [23], 1983, pp. 426 ss.; KRÜGER, «Fälle zur JA-Kartei», *JA*, [16], 1984, pp.

desaprobación específico del tipo en la estafa no se dirige a evitar la posibilidad de preparar el terreno para ulteriores conductas de engaño llevadas a cabo de forma autorresponsable por el autor, sino a impedir aquellas conductas de engaño que pueden conducir inmediatamente a la causación del error típicamente requerido y a un menoscabo del bien jurídico protegido por el tipo derivado del acto de disposición.

A modo de conclusión, por tanto, cabe afirmar lo siguiente: el autor que, según su representación, lleva a cabo la conducta típica, ha adoptado la decisión contra el bien jurídico que caracteriza al dolo. En este sentido, en lo que respecta a la parte subjetiva del hecho, no existe ninguna diferencia con el delito doloso consumado⁴⁵. Sin embargo, en la fundamentación del injusto de la tentativa surge una controversia que, en el caso de la consumación —al menos, por regla general—, no desempeña un papel decisivo; esto es, la cuestión relativa a qué comportamiento debe ser calificado como típico. Lo anterior se debe a que, en la tentativa, resulta esencial determinar de forma precisa la conducta ejecutiva: ya sea por el hecho de que, sobre la base de la representación del autor, con la realización de dicha conducta este se encuentra en todo caso en el estadio de la tentativa; ya sea por el hecho de que la disposición inmediata se refiere a la conducta ejecutiva que, según la representación del autor, debe llevarse a cabo.

b. El dolo en la realización de un «acto preparatorio próximo al tipo»

Si el autor todavía no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva, en ese caso se encuentra en la fase preparatoria. A pesar de que no se corresponde con el uso habitual de los términos, con ello se pretende poner de manifiesto que toda acción que precede a la realización de la conducta típica no constituye, precisamente, una conducta ejecutiva, sino que todavía forma parte de la fase preparatoria⁴⁶. Así, el inicio de la tentativa caracterizado por la «disposición inmediata» selecciona una conducta de entre todas las acciones preparatorias. En relación con estos «actos preparatorios próximos al tipo»⁴⁷ se presenta un problema de legitimación que queda oculto por la concepción según la cual el dolo coincide con el del delito consumado: el dolo, como voluntad dirigida a la realización de la conducta ejecutiva, se encuentra aquí necesariamente bajo la reserva, por parte de la persona libre, de poder renunciar a este propósito incluso «en el último segundo». A esta posibilidad puede acogerse también el denominado sujeto «firmemente» resuelto al hecho⁴⁸. Por tanto, aquella tentativa en la que el autor aún no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva se refiere a una constelación en la que el dolo incluye todavía la libertad de no ejecutar el hecho. En consecuencia, si falta una resolución materializada en la realización de una conducta ejecutiva, con ello se pone de manifiesto una notable divergencia respecto al dolo del delito consumado (así como en la tentativa tras la realización de la conducta típica).

Si la pena del dolo solo puede legitimarse como expresión de la decisión del autor contra el bien jurídicamente protegido, entonces se plantea la cuestión de hasta qué punto también el autor

23-24); BOSCH, *JURA*, (33-12), 2011, p. 911; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5.ª ed., 1996, p. 521; KÜHL, *AT*, 8.ª ed., 2017, 15/55; MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 13 ss.

⁴⁵ Subsiste, no obstante, la diferencia ya mencionada anteriormente, según la cual el dolo no tiene por qué dirigirse necesariamente hacia un comportamiento objetivamente desaprobado por su peligrosidad.

⁴⁶ *Vid.*, asimismo, Armin KAUFMANN, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, 1974, p. 404; EL MISMO, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *ZStW*, (80-1), 1968, p. 52.

⁴⁷ MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 10 ss.

⁴⁸ SCHLEHOFER, *Vorsatz und Tatafweichung*, 1996, p. 45.

que aún no ha llevado a cabo la conducta ejecutiva puede haber adoptado la decisión requerida. En efecto, en términos normativos, en todo momento de la fase preparatoria todavía se espera del autor la renuncia al hecho planeado. El autor no está—como él mismo sabe— comprometido con la comisión del delito⁴⁹. No obstante, la confianza en la orientación conforme al Derecho no depende únicamente de expectativas normativas, sino también de circunstancias fácticas y experiencias prácticas⁵⁰. Con todo, tales expectativas solo pueden legitimar una sanción penal dentro de un marco muy estrecho. Así, se deberá exigir que la voluntad de ejecución se mantenga hasta un momento tan inmediatamente anterior a la realización de la conducta ejecutiva que ello legitime la asunción de que ya no cabe esperar un ejercicio de la libertad en el sentido de una renuncia al hecho. Ello se debe a que, en una concepción del Derecho en cuya constitución se implica el autor, únicamente en este marco tan estrecho puede exigírsele que acepte haber perdido la confianza en el cumplimiento de la expectativa normativa de un comportamiento fiel al Derecho que se le dirige de modo general.

Conforme a lo anterior, la disposición inmediata marca no solo la superación de un umbral objetivo hacia el inicio de la tentativa, sino que constituye, al mismo tiempo, el momento en el que la voluntad de pasar a la ejecución del hecho se convierte en dolo. En una teoría de la tentativa subjetivamente fundada, a este último aspecto deberá concedérsele prioridad incluso frente al criterio de la proximidad externa a la ejecución del hecho. Dicha proximidad a la ejecución del hecho —que debe enjuiciarse con base en la representación del autor— despliega su relevancia, precisamente, en relación con la decisión del autor que fundamenta el injusto de la tentativa. La determinación de la frontera que marca el ingreso en el estadio de la tentativa debe tener materialmente en cuenta, pese al baremo objetivo que el criterio de la «disposición inmediata» establece, el momento en el que el autor ya no puede ampararse en la posibilidad de no querer ejecutar el hecho. A este respecto, la inmediata proximidad a la realización de la conducta ejecutiva constituye, ciertamente, el criterio esencial.

Aun cuando difícilmente pueda discutirse que el autor concede a su decisión su última expresión vinculante solo a partir de un dolo que se manifiesta en la realización de la conducta ejecutiva, no es menos cierto que la voluntad que se ha aproximado hasta casi la realización de la conducta ejecutiva misma, en la práctica, no deja apenas lugar a dudas de que dicha voluntad se mantendrá⁵¹. En todo caso, el legislador es libre de ignorar esta distinción en la formación de la resolución a la hora de resolver sobre la punibilidad de la tentativa (así como es libre, por lo demás, de agrupar los distintos grados de dolo bajo un concepto unitario de dolo).

De este modo, la tesis conforme a la cual el dolo en el delito consumado sería idéntico al del delito intentado se revela como incorrecta para aquellas constelaciones en las que el autor no ha ido más allá del estadio de los «actos preparatorios próximos al tipo». La discrepancia tiene que ver con el punto de referencia del dolo, en la medida en que la configuración del suceso abarcada por el dolo va referida, inicialmente, a un acto preparatorio próximo al tipo. Ahora bien, el dolo no puede limitarse a la conducta que representa la disposición inmediata. En efecto, del requisito de la representación del hecho contenido en el § 22 StGB se desprende ya claramente que el autor también debe abarcar como objeto de su dolo la realización de conductas futuras, como

⁴⁹ Sobre el hecho de que esta indeterminación también existe —si bien, por distintas razones— cuando se cuestiona la libertad de elección, véase supra, apartado 2.

⁵⁰ Así ocurre también, por lo demás, con el principio de confianza; Vid. MURMANN, *Grundkurs*, 5.^a ed., 2019, 23/50 ss.

⁵¹ Similar, DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 85 ss.

eventuales procesos ulteriores previos a la conducta ejecutiva (pasos intermedios inesenciales) y, particularmente, la propia conducta ejecutiva. La relación subjetiva con estos acontecimientos futuros no puede describirse como conocimiento, sino que el autor debe actuar con la voluntad de progresar hasta la conducta ejecutiva⁵². Así, también para los partidarios de las teorías volitivas radica aquí, en relación con el punto de referencia del dolo, una diferencia respecto al delito consumado. Para los representantes de las teorías cognitivas del dolo la diferencia afecta, además, a la estructura del dolo.

4. Recapitulación y consideraciones sobre la teoría del desistimiento

Se ha puesto de manifiesto que la fundamentación subjetiva de la tentativa, que en la mayoría de los casos aparece más bien como una solución de emergencia impuesta por el legislador, incide en un aspecto central del injusto —también del delito consumado—. La dimensión externa correspondiente a la decisión contra el bien jurídico no constituye solo la manifestación exterior de la decisión requerida en un Derecho penal del hecho, sino que es lo que hace surgir propiamente a dicha decisión.

Partiendo de la idea de que la fundamentación y la limitación de la punibilidad son, al fin y al cabo, dos caras de la misma moneda, las consideraciones sobre la relevancia de la decisión contra el bien jurídico para fundamentar la tentativa adquieren significación, al mismo tiempo, a la hora de limitar la punibilidad de la tentativa. Ello se desprende de la idea de que dicha decisión requiere un compromiso de la persona que solo ha sido asumido con seguridad a partir de la realización de la conducta ejecutiva. Con ello, el problema de legitimación en la tentativa se plantea de modo totalmente distinto según si el autor ya ha llevado a cabo la conducta ejecutiva o si todavía se encuentra en el estadio de la preparación (próxima al tipo). Mientras que, en la realización de la conducta ejecutiva, el autor ha adoptado su decisión con el mismo grado de vinculación que en el delito consumado (si bien, con la diferencia de que la peligrosidad objetiva de la conducta ejecutiva no es constitutiva para el injusto de la tentativa), la decisión adoptada en la realización de un acto preparatorio próximo al tipo permanece bajo la reserva de la libertad del autor. En este último caso, la punibilidad de la tentativa solo puede fundamentarse sobre la base de la expectativa fáctica de que, a partir de cierto estadio de realización de un plan delictivo, prácticamente ya no hay vuelta atrás. Así, la carga que supone formular un reproche por tentativa contra el autor, a pesar de que el mantenimiento del plan delictivo todavía no era en absoluto seguro, exige acercar el inicio de la tentativa muy estrechamente a la conducta ejecutiva.

Resta, todavía, una observación adicional: las consideraciones en torno a la disposición inmediata también cobran relevancia en el marco de los discutidos casos del desistimiento de una tentativa provisionalmente fracasada y se encuentran, en cierto modo, corroboradas por la consistencia con la que se introducen en la dogmática del desistimiento. Este aspecto deberá abordarse a continuación con la mayor brevedad.

Si el fundamento de la punibilidad de la tentativa es la decisión contra el bien jurídico, entonces también el desistimiento debe operar precisamente con base en dicha decisión⁵³. El

⁵² DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, pp. 12, 98; SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, p. 59; STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», en DORNSEIFER/HORN (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 530: «voluntad de persistir».

⁵³ Subrayan la vinculación existente entre el injusto de la tentativa y el desistimiento, por ejemplo, BOTCKE, «Mißlungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 24. 6. 1993 — 4 StR 33/93», *JZ*, (49-2), 1994, pp. 71, 73; MURMANN,

levantamiento de pena previsto para el desistimiento solo puede justificarse si el autor revoca la decisión adoptada mediante la tentativa. Esta revocación encuentra su manifestación más clara cuando el autor renuncia a la realización de la conducta ejecutiva en el estadio de los «actos preparatorios próximos al tipo». En este caso, el autor hace uso de la libertad, todavía subsistente, de revertir el hecho.

En cambio, la capacidad expresiva de la mera renuncia es problemática cuando el autor ha adoptado ya su decisión con la realización de la conducta ejecutiva, pero, sin embargo, esta no conduce a la materialización del delito y el autor no continúa persiguiendo las ulteriores posibilidades de producción del resultado que se abren ante sí. El tratamiento de estos casos, como es sabido, resulta controvertido. El punto de partida dogmático debe ser la cuestión acerca de si la conducta ejecutiva previamente realizada y las conductas subsiguientes, reconocidas por el autor como prometedoras, constituyen un «hecho» en el sentido del § 24, ap. 1 StGB.

Dado que, en todo caso, el desistimiento liberador de pena presupone un distanciamiento del autor respecto al comportamiento que fundamenta la tentativa, lo decisivo para una concreción material del concepto de hecho debe ser si puede atribuirse a la omisión de ulteriores esfuerzos de ejecución una capacidad expresiva en el sentido de que el autor se distancie de la resolución materializada en la conducta ejecutiva ya realizada y de la máxima del injusto subyacente a esta. Solo mientras el autor se encuentre en el estadio de ejecución del mismo hecho podrá este hacer valer una modificación de su decisión en relación con la consumación del delito. En ello radica la diferencia con el resto de los comportamientos posteriores al hecho⁵⁴.

La teoría del acto individual (*Einzelaktstheorie*) no considera posible dicho contenido expresivo siempre que el autor haya llevado a cabo una conducta ejecutiva que, desde su punto de vista, sea irreversible. Así, con ello existiría una expresión de sentido que ya no es susceptible de ser modificada, es decir, un «hecho»⁵⁵. Por el contrario, la teoría de la consideración global (*Gesamtbetrachtungslehre*) pretende conceder al autor una posibilidad de desistir también allí donde una conducta ejecutiva que, según su representación, todavía es posible, conforma un «fenómeno vital unitario» (*«einheitlicher Lebensvorgang»*) junto con aquella ya llevada a cabo⁵⁶.

La teoría de la consideración global merece, en términos generales, aprobación⁵⁷. Aun cuando el autor ha adoptado, con la conducta ejecutiva ya llevada a cabo, la decisión contra el bien jurídico, la realización de esta última permanece deficitaria en tanto el resultado no se haya producido⁵⁸. Con una renuncia a la ulterior prosecución de su fin delictivo, el autor puede distanciarse con especial énfasis de la máxima del injusto que subyacía a la decisión adoptada en primer lugar. Ahora bien, lo que requiere justificación es si debe interpretarse —y en qué medida— el hecho de

Versuchsunrecht und Rücktritt, 1999, pp. 27 ss.; DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, 2017, p. 23. Discrepante, JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, p. 87.

⁵⁴ Detalladamente, MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 31 ss.

⁵⁵ Al menos, cuando el autor considere posible que, tras la realización de la conducta ejecutiva, ya no podría impedir la producción del resultado. ESER/BOSCH, *Schönke/Schröder*, 30.ª ed., 2019, § 24, nm. 21; en detalle, JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *ZStW*, (104-1), 1992, pp. 82 ss.

⁵⁶ Ejemplificativamente, BGHSt 31, 170; BGHSt 33, 295; BGH, 2016, 332; BGH 2017, 720; AMBOS, *HK-GS*, 4.ª ed., 2017, § 24, nm. 7; KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1997, p. 478; KUDLICH, «Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch», *JuS*, (39), 1999, p. 243; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.ª ed., 1975, 15/78; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 48.ª ed., 2018, 17/891.

⁵⁷ *Vid.* ya MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, 1999, pp. 39 ss.

⁵⁸ Ciertamente, ello puede verse de modo distinto cuando se discute de modo general la relevancia del resultado para el injusto; por ejemplo, ARMIN KAUFMANN, en STRATENWERTH (ed.), *FS Welzel*, 1974, pp. 410 ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 128 ss.

que el autor no se decida por la realización de ulteriores conductas ejecutivas como un distanciamiento de la decisión adoptada originariamente. En este punto deben retomarse las consideraciones expuestas en torno a la determinación del inicio de la tentativa: la expectativa empírica según la cual el autor, a partir de un determinado momento de la realización de su plan delictivo, avanzará hasta la conducta ejecutiva, existe también (y precisamente) cuando este ya ha realizado una conducta ejecutiva sin éxito y se ve ahora en condiciones de poder llevar a cabo, en el curso inmediato de los acontecimientos, ulteriores conductas ejecutivas. En este caso, si el autor realiza la conducta ejecutiva, este prosigue con su plan delictivo inicial y no comete un nuevo hecho. Si, por el contrario, este se decide en contra de la realización de la ulterior conducta ejecutiva, en ese caso la expectativa decisiva para la fundamentación de la tentativa —según la cual el autor avanzará hasta la realización de la (siguiente) conducta ejecutiva— muestra, por así decirlo, su reverso. En efecto, supone una «agradable sorpresa» que el autor, en contra de lo esperado, no prosiga con su plan delictivo, a pesar de que la ulterior conducta ejecutiva representada seguiría inmediatamente a la fracasada. La esperable confirmación de la decisión contra el bien jurídico no se produce, lo que contrarresta la decisión adoptada al principio todavía dentro del mismo estadio de ejecución.

Con ello se fijan, al mismo tiempo, los límites de un distanciamiento eficaz respecto de la resolución formada inicialmente. Así, las conductas ejecutivas subsiguientes que el autor reconoce como posibles, pero que no siguen inmediatamente a la última conducta ejecutiva en el sentido del § 22 StGB, no pertenecen al mismo hecho. El plan adoptado tras la conducta ejecutiva fracasada, consistente en disponerse inmediatamente a la realización de una ulterior conducta ejecutiva, no alcanza a ser todavía la resolución al hecho requerida para la tentativa. En este caso, la «renuncia» a formarse una resolución respecto de la comisión de un nuevo hecho no puede desplegar ninguna fuerza expresiva cualificada (destacada frente a los restantes comportamientos posteriores al hecho) en relación con la decisión materializada con la primera conducta ejecutiva.

Como es sabido, la jurisprudencia amplía claramente el marco del fenómeno vital unitario y afirma dicha unidad, por ejemplo, incluso cuando el autor debe primero perseguir a la víctima y valerse de medios comisivos diferentes o cuando este requiere de un nuevo motivo para continuar persiguiendo el resultado típico (en los casos de obtención del fin extratípico)⁵⁹. La fundamentación es en ocasiones meramente intuitiva —por ejemplo: un fenómeno vital unitario no debería fragmentarse—, otras veces remite a la irrelevancia de los aspectos situados más allá del tipo penal —pese a que cualquier criterio que pueda fundamentar una conexión entre varias conductas ejecutivas es necesariamente de naturaleza extratípica—, mientras que en otros casos apela a la idea de la protección de la víctima —ignorando con ello la habitual objeción esgrimida contra la teoría político-criminal del desistimiento, según la cual el autor no es consciente del efecto liberador de pena del desistimiento o, como mínimo, no reflexiona sobre este aspecto—⁶⁰.

Si se quisiera proporcionar a la jurisprudencia una fundamentación con referencia a la *ratio* del § 24 StGB, esta probablemente debería residir en el hecho de que la capacidad expresiva de la no realización de una ulterior conducta ejecutiva en la tentativa provisionalmente fracasada es

⁵⁹ Vid., por ejemplo, BGH, NStZ 1986, 264, p. 265; BGH NStZ 2007, 399; BGH NStZ 2015, 571; BGH NStZ 2016, 332; BGHSt (Gran Sala o plenario), 39, 221.

⁶⁰ Para la crítica en torno a la excesiva amplitud de la determinación de la unidad, acertadamente, MITSCH, Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, 12.^a ed., 2016, § 23, nm. 46.

mayor que en el «caso normal» de tentativa⁶¹. A favor de ello podrían esgrimirse, cuando menos, dos argumentos. Por un lado, podría argüirse que la expectativa empírica de que el autor progresará hasta la realización de la conducta típica resultaría fundada aun cuando concurra una mayor distancia en relación con la siguiente conducta ejecutiva, al tratarse de un autor que ya ha manifestado la firmeza de su resolución. El segundo aspecto tiene que ver con la relevancia normativa de una expectativa fáctica de esta naturaleza. Mientras que la fundamentación del inicio de la tentativa con base en una expectativa empírica precisa de una especial legitimación, puesto que priva al autor de la objeción de que todavía se habría podido motivar conforme a Derecho, en el contexto del § 24 StGB actúa en sentido exoneratorio, pues con base en esta puede ampliarse el marco del hecho susceptible de desistimiento.

No obstante, tal determinación relativa del inicio de la tentativa en función del respectivo estadio de ejecución no resulta, al fin y al cabo, convincente. En primer lugar, ello carece de todo punto de apoyo en la ley, la cual solo otorga relevancia a dicha expectativa empírica en caso de «inminencia» del comportamiento típico. En segundo lugar, no parece materialmente adecuado conceder una relevancia normativa tan amplia a dicha expectativa fáctica precisamente en favor del autor que está especialmente resuelto al hecho. En tercer lugar, y sobre todo, no puede considerarse algo beneficioso *per se* para el autor el que se le presuma capaz de realizar cualquier conducta antijurídica ulterior. Incluso cuando una posición basada en tal expectativa le abriría una posibilidad para desistir, con ello se haría un flaco favor al reconocimiento del autor como persona en Derecho (*Rechtsperson*). Por tanto, también bajo este aspecto resulta materialmente adecuado que la asunción de que el autor va a seguir persiguiendo su proyecto delictivo únicamente se reconozca dentro del estrecho marco fijado por el § 22 StGB con la «disposición inmediata».

5. Bibliografía

AMBOS, «§ 24 StGB», en DÖLLING *et al.* (eds.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 4.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2017.

BLOY, «Betrug zum Nachteil eines Maklers. Anmerkung zu BGH JR 1984, 121», *Juristische Rundschau*, (3), 1984, pp. 123-125.

BOCKELMANN, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», *JuristenZeitung*, (9-15/16), 1954, pp. 468-473.

BOSCH, «Unmittelbares Ansetzen zum Versuch», *Juristische Ausbildung*, (33-12), 2011, pp. 909-916.

BOTTKE, «Mißlungener oder fehlgeschlagener Vergewaltigungsversuch bei irrig angenommenem Einverständnis? Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 24. 6. 1993 — 4 StR 33/93», *JuristenZeitung*, (49-2), 1994, pp. 71-75.

BURKHARDT, «Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungs-handlung zum Betrug – OLG Karlsruhe NJW 1982, 59», *Juristische Schulung*, (23), 1983, pp. 426-431.

DOLD, *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017.

⁶¹ Véase también SCHEINFELD, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, 2006, pp. 84 ss.

ESER/BOSCH, «Vor § 22 ff. StGB», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

———, «§ 24 StGB», en SCHÖNKE/SCHRÖDER (eds.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30.^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Carl Heymanns, Köln/Berlin/Bonn/München, 1983.

FRISTER, «Der Begriff „Verwirklichung des Tatbestandes“ in § 22 StGB», en KÜPER/ZÖLLER (eds.), *Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension. Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013*, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, pp. 355-388.

HAAS, «Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (123-2), 2011, pp. 226-259.

HILLENKAMP, «Vor §§ 22 ff. StGB», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, t. II, 12.^a ed., De Gruyter, Berlin, 2007.

———, «§ 22 StGB», en CIRENER *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch*, t. II, 12.^a ed., De Gruyter, Berlin, 2007.

HOFFMANN, «Über das unmittelbare Ansetzen während zeitlich gestreckter Handlungsabläufe», *Juristische Arbeitsblätter*, (48-3), 2016, pp. 194-197.

HOFFMANN-HOLLAND, «§ 22 StGB», en HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2017.

JÄGER, «§ 22 StGB», en WOLTER/HOYER (eds.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 9.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2017.

———, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, C.H. Beck, München, 1996.

JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (104-1), 1992, pp. 82-104.

———, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., De Gruyter, Berlin/New York, 1991.

JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JOECKS, «§ 16 StGB», en HEINTSCHEL-HEINEGG (ed.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 3.^a ed., C.H. Beck, München, 2017.

KAHLO, «“Die Weisheit der absoluten Theorien”», en HERZOG (ed.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 383-422.

KAUFMANN, Armin, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974*, De Gruyter, Berlin/New York, 1974, pp. 393-414.

———, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (80-1), 1968, pp. 34-53.

KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 1997.

KRÜGER, «Fälle zur JA-Kartei», *Juristische Arbeitsblätter*, (16), 1984, pp. 21 ss.

KUDLICH, «Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch», *Juristische Schulung*, (39), 1999, pp. 240 ss.

KUDLICH/SCHUHR, «§ 22 StGB», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER (dirs.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2019.

KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8.^a ed., Franz Vahlen, München, 2017.

KÜPER, «„Teilverwirklichung“ des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs? — Zugleich eine Besprechung des BGH-Urteils vom 16. 1. 1991», *JuristenZeitung*, (47-7), 1992, pp. 338-347.

LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 29.^a ed., C.H. Beck, München, 2018.

MAAß, «Betrug gegenüber einem Makler – BGHSt 31,178», *Juristische Schulung*, (24), 1984, pp. 25 ss.

MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2014.

MITSCHE, «§ 23 StGB», en BAUMANN/WEBER/MITSCH/EISELE (eds.), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12.^a ed., Giesecke, Bielefeld, 2016.

MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 5.^a ed., C.H. Beck, München, 2019.

———, «§ 30 StGB», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER (dirs.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2019.

———, «§ 26 StGB», en SATZGER/SCHLUCKEBIER/WERNER (dirs.), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 4.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2019.

———, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999.

OTTO, «Versuchsbeginn bei Erforderlichkeit der Mitwirkung des Opfers – Giftfalle», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, (18-5), 1998, pp. 241-244.

PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, (131), 1984, pp. 101-123.

RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., C.H. Beck, München, 2018.

RÖNNAU, «Versuchsbeginn bei Mittäterschaft, mittelbarer Täterschaft und unechten Unterlassungsdelikten», *Juristische Schulung*, (54-2), 2014, pp. 109-112.

ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, München, 2003.

———, «BGH, 12. 8. 1997 — 1 StR 234/97. Zum „Anfang des beendeten Versuchs“», *JuristenZeitung*, (53-4), 1998, pp. 209-212.

———, «Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch», *Juristische Schulung*, (19-1), 1979, pp. 1-13.

———, «I. Teil. Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme», en ROXIN/STREE/ZIPF/JUNG (eds.), *Einführung in das neue Strafrecht*, C.H. Beck, München, 1974, pp. 1-33.

———, «Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten», en SCHROEDER/ZIPF (eds.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Karlsruhe, 1972, pp. 213-234.

———, «Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit – BGHSt 7, 363. Besprechung des Urteils des BGH vom 22.4.1955 – 5 StR 35/55», *Juristische Schulung*, (4-2), 1964, pp. 53-61.

SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch. Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, Carl Heymanns, Köln, 1995.

SATZGER, «Der „omnimodo facturus“ – und das, was man in jedem Fall dazu wissen muss!», *Juristische Ausbildung*, (39-10), 2017, pp. 1169-1182.

SCHEINFELD, *Der Tatbegriff des § 24 StGB*, Felix, Holzkirchen (Obb.), 2006.

SCHLEHOFER, *Vorsatz und Tataabweichung. Zur Auslegung der §§ 16 Abs. 1 Satz 1, 22 StGB*, Carl Heymanns, Köln/Berlin, 1996.

SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1975.

STEEN, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus. Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

STEIN, «§ 16 StGB», en WOLTER/HOYER (eds.), *Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch*, t. I, 9.^a ed., Carl Heymanns, Hürth, 2017.

STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Vahlen, München, 2011.

STRENG, «Wie „objektiv“ ist der objektive Versuchstatbestand? Der „komplettierte Tatentschluß“ und seine Ausführung durch Tun oder Unterlassen», en GÖSSEL (ed.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, pp. 325-352.

STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», en DORNSEIFER/HORN (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Köln, 1989, pp. 523-539.

WEGE, *Rücktritt und Normgeltung. Zum Einfluss glaubwürdiger Umkehr auf die Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2011.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 48.^a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

WOLTERS, «Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbstschädigenden Tatmittlers», *Neue Juristische Wochenschrift*, (51-9), 1998, pp. 578-580.

ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.

Percy García Caverio
Universidad de Piura

-

La legitimidad de la incriminación de los delitos económicos

Sumario

El presente artículo se encarga de determinar si la criminalización de los delitos económicos es legítima, en tanto hace un uso justificado de la institución social de la pena. De manera general, se responde a la cuestión de si es posible recurrir a la pena para hacer frente a conductas socialmente perturbadoras que tienen lugar en el ámbito de la economía. Para ello se tiene en cuenta una teoría realista de la criminalización. Luego se entra a discutir si la forma como se criminalizan los delitos económicos y las penas previstas para sus autores se corresponden con la función atribuida a la pena y las exigencias que imponen los principios penales de carácter garantista.

Abstract

This article determines whether the criminalization of economic crimes is legitimate, as it makes justifiable use of the social institution of punishment. In general, it addresses the question of whether punishment can be used to address socially disruptive behaviors occurring in the economic sector. To this end, it considers a realist theory of criminalization. It then discusses whether the way in which economic crimes are criminalized and the penalties provided for their perpetrators correspond to the function assigned to punishment and the requirements imposed by the criminal law principles.

Zusammenfassung

-

Dieser Artikel untersucht, ob die Kriminalisierung von Wirtschaftsdelikten legitim ist, im Sinne einer gerechtfertigten Anwendung von Strafen. Er behandelt allgemein die Frage, ob Strafen zur Bekämpfung sozial schädlichen Verhaltens im Wirtschaftsbereich zulässig sind. Zu diesem Zweck wird eine realistische Theorie der Kriminalisierung herangezogen. Anschließend erörtert der Artikel, ob die Art und Weise der Kriminalisierung von Wirtschaftsdelikten und die für die Täter verhängten Strafen der Funktion von Strafen und den Anforderungen fundamentaler strafrechtlicher Prinzipien, die Rechte gewährleisten, entsprechen.

Title: The legitimacy of criminalizing economic crimes

Titel: Die Legitimität der Kriminalisierung von Wirtschaftsdelikten

Palabras clave: Delitos económicos, teoría de la criminalización, teoría de la conducta criminal.

Keywords: Economic crimes, criminalization theory, theory of criminal behavior.

Stichwörter: Wirtschaftsdelikte, Kriminalisierungstheorie, Theorie des kriminellen Verhaltens.

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.08

-

1.2026

Recepción
01/10/2025

-

Aceptación
10/11/2025

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. La criminalización de los delitos económicos**
 - 2.1. La teoría realista de la criminalización
 - 2.2. El caso de los delitos económicos
- 3. La forma de la criminalización**
 - 3.1. La teoría de la conducta criminal
 - a. Delitos económicos con tipificación abierta
 - b. Delitos económicos de peligro abstracto
 - c. Delitos económicos con sistema unitario de autor
 - d. La persona jurídica como sujeto de imputación en los delitos económicos
 - 3.2. Las penas imponibles
- 4. Conclusión**
- 5. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

En las últimas décadas es notoria la especial atención que se le viene dando a los delitos económicos en la discusión doctrinal. No tanto para seguir cuestionando el déficit de persecución advertido desde el reclamo criminológico iniciado por SUTHERLAND, sino básicamente porque su configuración legislativa actual presenta ciertas particularidades que marcan ostensibles diferencias con el tratamiento general de los delitos. En efecto, la criminalización de la delincuencia económica se ha venido realizando mediante técnicas de tipificación que parecerían moverse en el límite de lo que autorizan los principios político-criminales de tradición liberal como la lesividad, la legalidad, la culpabilidad o la proporcionalidad¹. A esta particular forma de criminalizar las conductas constitutivas de delitos económicos se le suma la intensificación de la respuesta punitiva legalmente prevista. En el caso de las personas naturales, la tendencia legislativa no es solamente a castigarlas con la clase de pena más grave (la privación de la libertad), sino que se establece además un régimen de ejecución más riguroso que apunta a restringir el acceso a alternativas que eviten el ingreso a la cárcel, buscando que la pena de prisión se cumpla efectivamente. La ley de delitos económicos chilena es una buena muestra de esta última orientación legislativa². Por otro lado, la tendencia generalizada en los países de tradición europea-continental de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación penal abre la posibilidad de castigar también a la organización empresarial en cuya actividad se ha cometido el delito económico³. El escenario punitivo se termina de completar con la previsión, como pena copulativa, de multas en función de la capacidad económica del delincuente económico y de inhabilitaciones que apuntan básicamente a sacarlo de la actividad económica⁴.

Ante el escenario legislativo descrito cabe razonablemente preguntarse si la forma como el legislador penal está criminalizando los delitos económicos resulta legítima o no. Este juicio de legitimidad no está referido al respeto del procedimiento legalmente establecido para la aprobación de las leyes penales, ni tampoco a la obtención del consenso político en el debate parlamentario, sino a la racionalidad teleológica del uso de la respuesta penal. Parece claro que la intención del legislador es hacer que la lucha contra la delincuencia económica sea más eficaz y, de esta manera, reducir la cifra oscura de criminalidad que aún la caracteriza. Sin embargo, la obtención de esta mayor eficacia no puede bastar para legitimar el particular tratamiento legislativo que se le viene dando a los delitos económicos, siendo necesario exigir también la observancia de garantías de carácter irrenunciable, ya que éstas, por un lado, aseguran la racionalidad de la respuesta penal y, por el otro, dan la debida protección a la dignidad humana. Por ello, no debe sorprender en lo absoluto que la discusión sobre los delitos económicos siga

* Autor/a de contacto: Percy García Caveró (percy.garcia@udep.edu.pe). Esta publicación se enmarca en el proyecto de investigación PID2022-141610OB-11, “Hacia una regulación racional de la protección penal del orden socioeconómico en el Siglo XXI”, *Proyectos de generación de Conocimiento*, Agencia Estatal de Investigación, España (Dirección del proyecto: Bernardo Feijoo y Enrique Peñaranda).

¹ Vid., sobre esta situación, con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte General*, 4.ª ed., 2022, pp. 139 ss.

² Vid., BASCUÑÁN/WILENMANN, *Derecho penal económico chileno*, t. I, 2023, pp. 171 ss.

³ Vid., la referencia a esta tendencia legislativa, GARCÍA CAVERO, *El derecho penal de las personas jurídicas*, 2023, pp. 40 ss.

⁴ Así, en la legislación penal chilena, por ejemplo, BASCUÑÁN/WILENMANN, *Derecho penal económico chileno*, t. I, 2023, p. 51.

ocupándose de la cuestión de si el legislador penal está haciendo un uso legítimo de la respuesta punitiva en este ámbito.

En mi opinión, el abordaje de la cuestión de la legitimidad de la criminalización de los delitos económicos debe llevarse a cabo tanto en un plano general, como en uno específico. En el plano general debe determinarse si, con base en una teoría de la criminalización, los delitos económicos pueden estar integrados válidamente en el universo de las conductas penalmente sancionadas. En el plano específico, y siempre que se admita la legitimidad general del uso de la respuesta punitiva para hacer frente a los delitos económicos, lo que se debe llevar a cabo es un análisis de la manera como se ha realizado la criminalización de los delitos económicos en particular. En lo que sigue, voy a realizar un análisis general de legitimidad de los delitos económicos, utilizando para ello la teoría realista de la criminalización formulada recientemente por el Prof. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ⁵. Luego de ello, entraré en un análisis más específico, determinando si la forma de tipificación que usualmente se usa en los delitos económicos o las sanciones previstas desbordan el ámbito legítimo de criminalización. No se trata, por lo tanto, de realizar un análisis de delitos económicos en específico, sino de abordar tópicos comunes a varios de ellos.

2. La criminalización de los delitos económicos

Para evaluar la legitimidad general de la regulación legislativa de los delitos económicos, lo primero que se debe esclarecer es si el Derecho penal económico es aún Derecho penal o si, por el contrario, cuenta ya con una independencia normativa que lo somete a criterios regulatorios propios. La respuesta a esta cuestión puede estar influida por lo que, en el último tiempo, el Prof. Thomas ROTSCH ha llamado el fenómeno de la divisionalización o compartimentalización de la dogmática penal, esto es, la aparición de subcategorías dogmáticas que cada vez más están regidas por sus propias reglas⁶. Precisamente con base en este fenómeno se estarían produciendo en el ámbito del Derecho penal económico flexibilizaciones, modificaciones e incluso apartamientos de los conceptos desarrollados por la dogmática penal general⁷. Ante esta situación podría resultar razonable defender cierta independencia dogmática del Derecho penal económico en relación con los criterios generales del Derecho penal⁸. Sin embargo, la posición doctrinal aún dominante niega que exista esta autonomía del Derecho penal económico, ya que la imposición de las sanciones a los delitos económicos se sigue llevando a cabo y, por tanto, justificando con los parámetros del sistema penal. No se trata entonces de algo distinto al Derecho penal, sino solamente de un sector especial del Derecho penal⁹. En ese sentido, la

⁵ Vid., esta propuesta en SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, 2025, 2/83.

⁶ Vid., ROTSCH, «Compliance und Strafrecht – Konsequenzen einer Neuentdeckung», en JOECKS *et al.* (eds.), *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, 2010, pp. 148 ss.

⁷ Vid., ROTSCH, «Vom schwierigen Zustand des deutschen Strafrechts», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (10), 2020, p. 475.

⁸ Así, en el último tiempo, WAGNER, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich ein Betrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts*, 2016, nm. 840, si el tipo penal se vincula con algún mecanismo de autorregulación de la economía.

⁹ En este sentido, MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011, p. 32, sostiene que la dogmática vale igualmente para el Derecho penal económico y el Derecho penal nuclear. Igualmente, WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4.ª ed., 2017, 1/10; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, 2012, pp. 13 ss.; CARPIO BRIZ, «Concepto y contexto del Derecho penal económico», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General y Parte Especial*, 2016, p. 37; QUINTERO OLIVARES, «Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, 2020, pp. 53 ss.

imposición de la pena en los delitos económicos debe apuntar, en consonancia con la función general atribuida al Derecho penal, a la protección de bienes jurídicos o al restablecimiento de la vigencia de la norma defraudada por el delito, siendo ineludible que, en el cumplimiento de dicho propósito, se observen los principios que regulan el ejercicio de la potestad punitiva. En todo caso, lo que nadie pone en tela de juicio es la necesidad de ajustar el cumplimiento de la función atribuida a la pena y la vigencia de los principios penales en el uso de la potestad punitiva a las particularidades de la realidad económica.

2.1. La teoría realista de la criminalización

Para determinar si los delitos económicos cumplen con la función atribuida a la pena y forman parte, por tanto, del Derecho penal, es necesario contar con una teoría de la criminalización que sirva para responder a la pregunta general de cuándo es legítimo el uso de la institución social de la pena. En el último tiempo, el Prof. SILVA SÁNCHEZ se ha encargado precisamente de formular una teoría de la criminalización con esa finalidad¹⁰. Su punto de partida es que esta teoría de la criminalización no debe ser entendida como un planteamiento meramente descriptivo que se limite a hacer referencia a la forma en la que se sancionan penalmente determinadas conductas en un país, sino que resulta necesario asumir una perspectiva normativa que permita discutir la legitimidad de la decisión criminalizadora.

Dentro de la perspectiva normativa de la teoría de la criminalización, el profesor español distingue un enfoque formal-institucional y un enfoque material. El primero parte de la premisa de que es viable criminalizar cualquier forma de conducta, siempre que la entidad estatal competente para realizar la criminalización cuente con la legitimidad política suficiente, se respete el procedimiento establecido y se mueva dentro de los límites fijados por la Constitución. El segundo, por el contrario, identifica un fundamento sustantivo para la criminalización, de manera tal que, si tal fundamento no está presente, entonces la criminalización no puede considerarse legítima. En la actualidad, la posición mayoritaria asume una perspectiva normativa de carácter material en la formulación de la teoría de la criminalización, por lo que se convierte en un punto de especial debate la identificación del fundamento sustantivo con el cual se legitima la incriminación penal. Lo que queda claro entonces es que no toda decisión legislativa de criminalización que siga los cauces procedimentales democráticamente establecidos es, por esa sola razón, legítima.

Entre una insuficiente teoría del bien jurídico y una teoría formalista de la identidad normativa de la sociedad con poca capacidad crítica de la regulación positiva, el Prof. SILVA SÁNCHEZ propone un enfoque realista de la teoría de la criminalización. Este enfoque parte de distinguir dos fundamentos normativos con los que se podría legitimar la decisión de criminalización: la racionalización de la respuesta punitiva ante una conducta que constituye un grave mal contra los bienes de una persona, por un lado, y la intensificación de los desincentivos de realización de una conducta socialmente indeseada, por el otro. El profesor español entiende que no es posible asumir una teoría unitaria de la criminalización que opte por uno u otro de los fundamentos mencionados, por lo que concluye que ambos fundamentos deben ser tenidos en cuenta¹¹. Sin embargo, no se deja a la discrecionalidad del legislador penal recurrir a uno u otro fundamento de la incriminación, sino que eso dependerá de la clase de delito que se esté incriminando. En

¹⁰ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/1.

¹¹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/87.

relación con las clases de delito, el Prof. SILVA SÁNCHEZ recurre a una tripartición que los diferencia entre delitos *mala in se*, delitos *mala in se* periféricos y delitos *mala quia prohibita*.

Los delitos *mala in se* son aquellos que deben ser criminalizados de modo obligatorio por los Estados, ya que se trata de formas de conducta que afectan dolosamente bienes intrínsecos de la persona como la vida o la integridad física, psicológica o moral. La pena se sustenta, en estos casos, en un reproche estatal que tiene su base en una censura moral-universal. En ese sentido, el Estado castiga la comisión de los delitos *mala in se* por una delegación de la humanidad ante la infracción de un deber natural de respeto a la dignidad de las personas. Lo anterior, sin embargo, no obliga incondicionadamente a que el Estado imponga un castigo por la comisión de estos delitos, pues también puede tener en consideración aspectos prudenciales como la equidad, la eficiencia o la oportunidad del castigo.

Los delitos *mala in se* periféricos, por su parte, recogen afectaciones imprudentes a bienes intrínsecos de la persona o afectaciones dolosas a bienes humanos extrínsecos o institucionales. Dentro de estos delitos es posible distinguir, a su vez, dos subgrupos. Por un lado, los delitos que tienen un núcleo de *mala in se* y, por lo tanto, el Estado debe castigarlos, pero atendiendo a lo establecido en un orden estatal primario. Aquí se incluyen, por ejemplo, las afectaciones contra la propiedad o la libertad personal que cuentan con una regulación primaria a nivel del Derecho civil o administrativo. Por otro lado, están los delitos que lesionan gravemente los vínculos que definen las relaciones interpersonales en sociedad. Estos delitos parten del dato universal de que toda persona, en tanto vulnerable y dependiente, necesita de vínculos familiares y relaciones basadas en la confianza y la reciprocidad. Sin embargo, estas relaciones están determinadas por la manera en la que está configurada cada comunidad concreta. Por esta razón, estas figuras delictivas responden a determinado contexto histórico-cultural que el tipo penal recoge por medio de elementos normativos de carácter jurídico o social. Como se puede ver, los delitos *mala in se* periféricos están caracterizados por criminalizar actos que toda sociedad debe criminalizar, pero los contornos de esa criminalización dependen de las concretas características de la sociedad de la que se trate.

Finalmente, los delitos *mala quia prohibita* son aquellos que están referidos a un orden administrativo-estatal de previsión de situaciones de riesgo. En unos casos, se criminalizan formas de conductas abstractamente peligrosas para bienes intrínsecos o extrínsecos. En otros casos, lo que es objeto de sanción son formas de conductas que constituyen la infracción de deberes ciudadanos de cooperación con el Estado. El rasgo característico de estos delitos es la utilización de estructuras de accesoriedad administrativa, en especial su formulación como leyes penales en blanco. Al igual que los delitos *mala in se* periféricos, los delitos *mala quia prohibita* están definidos en un determinado contexto cultural que resulta variable. Sin embargo, su criminalización no es exigible a cualquier sociedad, sino que es consecuencia de una decisión tecnocrática o burocrática de optar por la represión penal y no, más bien, por una respuesta en el ámbito exclusivamente administrativo.

Con base en la clasificación realizada de los delitos, se puede identificar el fundamento material de la criminalización en cada clase de delito. En el caso de los delitos *mala in se*, la criminalización se hace necesaria por la grave fractura interpersonal y la ruptura con la comunidad que supone la afectación dolosa de bienes intrínsecos de la persona. La pena debe restaurar el daño personal y social producido por estos delitos, restableciendo el orden jurídico. Ello tiene lugar mediante una negación de la autoafirmación del sujeto que realiza la conducta delictiva, por lo que a la pena le corresponde una función retributivo-restaurativa, en donde adquiere suma importancia

la imposición efectiva del castigo y su ejecución¹². Por el contrario, en los delitos *mala quia prohibita* la criminalización no se sustenta en la necesidad de restaurar retributivamente el daño producido, sino en prevenir un fenómeno socialmente indeseado. Por eso, en estos delitos prevalece el momento de la conminación penal, lo que lleva muchas veces a la previsión de penas que superan el merecimiento de sanción del sujeto infractor¹³. Esta situación es precisamente la que explica que, a nivel judicial, se establezcan mecanismos para corregir los excesos que se dan a nivel de la conminación legal, como es el caso de la suspensión de la ejecución de la pena o la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por una clase de pena menos grave. Entre los delitos *mala in se* y *mala quia prohibita*, se encuentran los delitos *mala in se* periféricos que conforman una zona gris, en la que se entremezclan los fundamentos materiales antes mencionados.

2.2. El caso de los delitos económicos

Atendiendo al esquema conceptual expuesto, parecería razonable sostener que los delitos económicos estarían ubicados básicamente dentro de los delitos *mala quia prohibita* y, en algunos casos puntuales, dentro de los delitos *mala in se* periféricos. La razón para sostener esta conclusión residiría en el hecho de que los bienes jurídicos en torno a los que giran los delitos económicos son de carácter económico, por lo que no podrían entrar en la categoría de los delitos *mala in se* que, como se indicó, se circunscriben a bienes intrínsecos de la persona. El razonamiento precedente, sin embargo, podría tener sentido en una concepción de los delitos económicos que ubique su criterio normativo de definición en el carácter económico del bien jurídico con el que se sustenta su criminalización. Pero si se entiende que ese no es el rasgo normativo que los define dogmáticamente, sino el que se cometan en un contexto económico¹⁴, entonces sería posible que delitos que afecten bienes jurídicos intrínsecos de la persona puedan también ser considerados como delitos económicos. Así, por ejemplo, si la calidad de delito económico les es atribuida a delitos como el delito de incumplimiento de medidas de seguridad laboral o el delito contra la salud de los consumidores¹⁵, en donde se incluyen normalmente como un supuesto de agravación la lesión a bienes intrínsecos de la persona como la vida o la integridad física, entonces cabría reconocer la existencia de delitos económicos *mala in se*, cuya criminalización encontraría su justificación en la necesidad de restaurar retributivamente el daño producido. Así las cosas, los delitos económicos podrían presentarse en el ámbito de cualquiera de las tres clases de delitos, más allá de que su ubicación predomine en uno u otro lugar.

Sobre la base de lo anteriormente indicado, puede sostenerse que la criminalización de los delitos económicos que tengan la calidad de *mala in se* resulta legítima por la necesidad de restaurar la situación anterior a la lesión, retribuyendo la infracción del autor por medio de la imposición de la pena. En estos delitos se produce la lesión de bienes jurídicos intrínsecos de las personas en un contexto económico. El fundamento retributivo-restaurativo también está presente en los delitos *mala in se* periféricos, aunque aquí entra a tallar también la necesidad preventiva de evitar

¹² Vid., SILVA SÁNCHEZ, PG, 2025, 3/102.

¹³ Vid., SILVA SÁNCHEZ, PG, 2025, 3/105.

¹⁴ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, «Hacia un concepto dogmático del derecho penal económico», en CONTESSE/SILVA (coords.), *Racionalidad y escepticismo en el Derecho penal. Estudios en Memoria de Miguel Soto Piñero*, 2024, pp. 663 ss.

¹⁵ Así, VERGHO, *Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht*, 2009, p. 35, incardina los delitos contra los consumidores dentro del Derecho penal económico.

la generalización de conductas contrarias a una regulación primaria. Este sería el caso, por ejemplo, del delito de administración desleal o fraudulenta, de los delitos contra la propiedad industrial o de los delitos contra los derechos de los acreedores que giran en torno a afectaciones al bien extrínseco de la propiedad. Por su parte, en el caso de los delitos económicos que entran en la categoría de los delitos *mala quia prohibita*, la legitimidad de su incriminación requiere que se encuentre debidamente fundamentada la necesidad de reforzar los mecanismos preventivos de evitación de conductas abstractamente peligrosas, en el sentido de la incapacidad del derecho administrativo sancionador para conseguir la mínima prevención requerida con sus mecanismos de reacción. Así cabría legitimar la criminalización de delitos como el lavado de activos o los delitos contra la libre competencia. También encontrarían cabida como delitos *mala quia prohibita* los delitos económicos que infringen deberes de cooperación ciudadana como los delitos tributarios, los delitos de obstaculización de las funciones de supervisión de las agencias de control económicas o los delitos de omisión de reporte de operaciones sospechosas. Como se ve, en contra de lo que propugnaba de forma general la escuela de Frankfurt en la década de los noventa del siglo pasado¹⁶, hay un espacio para la incriminación legítima de los delitos económicos, lo que obviamente no impide la realización de análisis específicos que cuestionen determinadas decisiones de incriminación que no se ajusten a los parámetros propios del sistema penal.

3. La forma de criminalización

Lo que se acaba de exponer de manera general no debe llevar a la errada conclusión de que el análisis de legitimidad de los delitos económicos se reduce al cumplimiento del fundamento retributivo, preventivo o de ambos, dependiendo de la clase de delito que se incrimina. El legislador penal no puede definir la conducta delictiva de cualquier forma o sancionarlas con cualquier clase de pena. En ese sentido, la legitimidad de la incriminación de los delitos económicos debe ocuparse también de analizar si la forma de conducta sancionada cumple con las exigencias mínimas que debe reunir una conducta criminal y si la pena legalmente prevista se corresponde con el fundamento de la clase de delito incriminado.

3.1. La teoría de la conducta criminal

Para poder establecer si la manera de criminalizar una forma de conducta por el legislador penal resulta legítima, es necesario contar con una teoría de la conducta criminal con la que se pueda hacer una operación de contraste. No toda conducta autoriza el uso de la pena, aunque se haga con la finalidad que se le atribuye. La necesidad de retribución y/o de prevención no se puede satisfacer mediante un uso absolutamente discrecional de la pena.

La configuración actual del Derecho penal como un Derecho penal de acto y no de autor, exige, en primer lugar, el cumplimiento del llamado principio del hecho. De acuerdo con este principio solamente es posible criminalizar el obrar de un agente, excluyéndose la represión penal de los pensamientos, los procesos externos meramente causales o la forma de ser de una persona¹⁷. Como fundamento subyacente a estas exclusiones estaría la idea de que solamente las actuaciones controlables pueden ser pasibles de una respuesta punitiva. En segundo lugar, la criminalización de un hecho externo debe ser una decisión del legislador que debe estar plasmada en una ley: principio de legalidad. Se trata de una garantía formal que obliga a que sea el

¹⁶ Vid., en general, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*. PG, 4.ª ed., 2022, pp. 69 ss.

¹⁷ Vid., SILVA SÁNCHEZ, PG, 2025, 2/126.

legislador el que determine la conducta pasible de sanción penal. En tercer lugar, el hecho externo no solamente debe ser antinormativo, sino que debe producir una afectación a terceros o a la comunidad (lesividad)¹⁸. Es cierto que esta afectación se puede ir flexibilizando, si con ello se optimiza la protección por medio de la prevención, pasando así de la lesión al peligro concreto y finalmente al peligro abstracto. No obstante, esta flexibilización debe ser sometida a un control de proporcionalidad que descarte la utilización innecesaria del castigo penal, lo que tiene lugar cuando la gestión eficiente de las situaciones de riesgo se puede solventar satisfactoriamente con las sanciones administrativas. Por último, el hecho lesivo debe ser un hecho del autor, lo que constituye una expresión del principio de culpabilidad. No es legítimo, por lo tanto, que se prevea legislativamente la responsabilidad penal por el hecho de un tercero (responsabilidad vicarial). Asimismo, para que la responsabilidad sea por un hecho propio es necesario que solamente se castigue la realización dolosa o culposa de la conducta prohibida, quedando proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

Con base en el esquema conceptual precedentemente desarrollado es posible determinar si la forma como el legislador penal tipifica la conducta constitutiva de un delito económico resulta legítima o no. Está claro que no es posible dar una respuesta general a las distintas decisiones de incriminación, sino que se debe proceder a un análisis de las concretas figuras delictivas. Como se anticipó, no pretendo realizar en esta contribución evaluaciones focalizadas a delitos económicos en particular. Lo que, sin embargo, sí haré es examinar las técnicas de tipificación legislativa que, por lo general, son utilizadas para la criminalización en el ámbito de la delincuencia económica, estableciendo si tal uso resulta legítimo y, en caso así lo sea, qué condiciones se deberían cumplir para mantenerse dentro de ese uso legítimo.

a. *Delitos económicos con tipificación abierta*

Una característica común de los delitos económicos es que están legalmente configurados como tipos penales abiertos, lo que se hace con la finalidad de que el juez pueda ajustar la descripción típica a la complejidad del contexto económico¹⁹. Así, por un lado, el tipo penal utiliza elementos normativos de carácter abierto que le permitan a la interpretación judicial adaptarse a la multiformidad de las relaciones económicas²⁰. De manera especial, cabe mencionar el uso de cláusulas indeterminadas, cláusulas de fraude a la ley penal o las llamadas representaciones comparativas (*Maßfiguren*). Por otro lado, se recurre también a formulaciones que se remiten a regulaciones extrapenales, con las que el juez pueda concretar el contenido de la conducta típica en sectores especializados sometidos a constante revisión²¹. Estas remisiones pueden materializarse bajo la forma de una ley penal en blanco o por medio de una accesoriedad administrativa de acto. Solamente con el apoyo de estas técnicas de tipificación, el juez estará en capacidad de congeniar la ley penal con el permanente cambio del contexto económico²², en especial en momentos de crisis²³.

¹⁸ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/133.

¹⁹ Vid., BACIGALUPO ZAPATER, «La justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, 2012, p. 71.

²⁰ Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.ª ed., 2017, 5/253; WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4.ª ed., 2017, 6/20.

²¹ Vid., BRETTEL/SCHNEIDER, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3.ª ed., 2021, 1/87.

²² Vid., SILVA SÁNCHEZ, «La legislación penal económica», en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 51; HÜLS, *Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts?*, 2019, pp. 86 s.

²³ Así, TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.ª ed., 2017, 4/218.

Frente a las particularidades dogmáticas precedentemente advertidas en la configuración típica de los delitos económicos, la doctrina penal ha discutido si éstas resultan compatibles con el principio de legalidad²⁴. Como se sabe, este principio regulador de la potestad punitiva impone al legislador penal la obligación de precisar en la ley, de manera previa, cuál es la conducta penalmente sancionada²⁵. Si bien queda claro que esta precisión de la conducta punible no exige la formulación de leyes absolutamente determinadas, sino relativamente determinadas, el legislador penal debe establecer, por lo menos de manera general, cuáles son los elementos constitutivos de la forma de conducta que es pasible de sanción y no dejar en manos del juez la plena decisión sobre la relevancia penal de la conducta que es sometida a su conocimiento²⁶. La cuestión es si los tipos penales con elementos normativos abiertos o remisiones normativas cumplen con esa mínima determinación legislativa. Una respuesta afirmativa requiere la desentrañar el sentido de la exigencia de legalidad.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el principio de legalidad apunta a excluir la discrecionalidad judicial al momento de decidir si una conducta concreta constituye un delito. Su sentido, por lo tanto, no es la previsión detallada de la conducta delictiva en la ley penal, sino que su castigo sea objetivamente previsible para el ciudadano antes de su realización²⁷. En ámbitos complejos, como lo es precisamente el contexto económico, la determinación objetiva de la conducta delictiva por parte de legislador necesita hacerse de una forma tal que el juez pueda adaptar el tipo penal a la multiformidad y al dinamismo de la realidad económica. No es que se prescinda de la previsibilidad objetiva de la conducta penalmente sancionada, sino que tal previsibilidad se obtiene de un modo más complejo.

Con base en lo anterior puede decirse que la utilización de elementos normativos de carácter abierto en la estructuración típica de los delitos económicos alcanza el mínimo de determinación exigible, si es que estos elementos se asientan en conceptos valorativos que cuenten con un núcleo de significación asegurado²⁸ o están vinculados a criterios de referencia legalmente definidos como, por ejemplo, la existencia de una cláusula de analogía *intra legem*. Con esa misma lógica, es posible también afirmar que la tipificación de un delito económico bajo la forma de una ley penal en blanco es compatible con lo requerido por el principio de legalidad, si es que una lectura conjunta entre la ley penal y la normativa de remisión permite determinar objetivamente la conducta penalmente sancionada. El uso de la técnica legislativa de la remisión normativa no hace indeterminada a la ley penal. No obstante, la compatibilidad con el principio de legalidad se discute en relación con otro aspecto, cuando la normativa extrapenal, a la que el tipo penal se remite, es de rango infralegal, pues, en tal caso, una determinación conjunta de la conducta delictiva podría significar una contravención de la llamada reserva de ley. Con todo, lo cierto es que no habría espacio para plantear este cuestionamiento, si la remisión a la normativa infralegal se hace para concretar un elemento típico de carácter general o para determinar

²⁴ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*. PG, 4.ª ed., 2022, pp. 159 ss.

²⁵ Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., 2019, p. 147.

²⁶ Se trata de una determinación objetiva que no depende de la difusa y difícil de determinar intención subjetiva del legislador (así, JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 1991, 4/21). Sobre el mandato de certeza como determinación objetiva, vid., TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 253.

²⁷ Vid., sobre la previsibilidad objetiva como fundamento del principio de legalidad TIEDEMANN, «Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht», *Juristische Schulung*, 1989, p. 696; DANNECKER, «Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en WABNITZ/JANOVSKY (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 2000, 1/87.

²⁸ Así, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, 1985, p. 34, exige que las valoraciones sean reconocidas y seguras.

aspectos periféricos de la conducta delictiva, siempre que se utilice una remisión concluyente y no se produzca, a su vez, una nueva remisión normativa.

De lo expuesto queda claro entonces que lo único que admite la configuración abierta del tipo penal en los delitos económicos es una mayor participación creadora del juez en ámbitos dinámicos o cambiantes o una necesaria correspondencia de su decisión con los ámbitos de regulación primaria, pero no constituye una renuncia a la previsibilidad objetiva de lo que es materia de sanción. No se trata, por lo tanto, de un supuesto de falta de vigencia del principio de legalidad, sino de su flexibilización para alcanzar niveles mínimos de eficacia de la respuesta punitiva. Si esta flexibilización no se autorizara, la persecución de la criminalidad económica estaría condenada al fracaso por una situación de desfase con la realidad. Ante el costo de esta necesidad, algunos autores proponen compensar la flexibilización de la determinación legal con el establecimiento de parámetros interpretativos a nivel judicial, lo que se traduciría en promover una cierta vinculatoriedad de las interpretaciones judiciales o trasladar al juez el deber de interpretar la ley incierta conforme a la Constitución (bien jurídico). De esta manera, se evitaría en el ámbito de los delitos económicos la realización de interpretaciones irrazonables e imprevisibles²⁹.

b. Delitos económicos de peligro abstracto: la preparación y la acumulación

Otra particularidad típica de los delitos económicos es el abandono del paradigma clásico de la lesividad. Como se sabe, la comprensión liberal del delito requiere de la lesión de un bien jurídico concreto, por lo que el tipo penal tendría que asumir la forma de un delito de lesión. Esta exigencia se traduce en el llamado principio de lesividad. Sin embargo, los modernos procesos de criminalización han flexibilizado este principio para dar cabida a los delitos de peligro, lo que ha tenido lugar de manera particularmente notoria en los delitos económicos. En el caso de los delitos de peligro concreto no se hace un mayor cuestionamiento, pues se entiende que sí reúnen la lesividad requerida, aunque con una comprensión normativa del resultado que abandona la perspectiva empírica de los delitos de lesión. Así, la lesividad se determina a partir del parámetro valorativo de si la conducta ha generado todas las condiciones para la lesión de un bien jurídico concreto y ésta no se produce por razones imprevisibles³⁰. Por el contrario, a los delitos de peligro abstracto sí que se les reprocha abandonar el paradigma de la agresión y prescindir finalmente de la exigencia de lesividad. La crítica de la escuela de Frankfurt en la última década del siglo pasado da buena cuenta de este cuestionamiento por lo menos a nivel de la discusión académica³¹. No obstante, la doctrina penal mayoritaria considera que los delitos de peligro abstracto pueden cumplir con la lesividad requerida, aunque dando un paso más en el proceso de normativización de la perspectiva de análisis. En concreto, su lesividad residiría en una afectación a las condiciones jurídicamente garantizadas para un disfrute seguro de los bienes jurídicos³². Esta perspectiva, por lo demás, se ajusta a la naturaleza colectiva de los bienes jurídicos que protegen usualmente los delitos económicos, en donde no existe un objeto material que pueda ser lesionado o puesto en peligro por la conducta concreta³³. Con este enfoque

²⁹ Vid., SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 61.

³⁰ Vid., GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*. PG, 4.ª ed., p. 417.

³¹ Vid., al respecto, HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, 1991, pp. 70 ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 255 ss.

³² Vid., en los delitos económicos, KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO *et al.* (eds.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, 1995, pp. 441 ss.

³³ Vid., TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.ª ed., 2017, 4/220.

normativo de la lesividad se le abre una vía de legitimación al legislador penal para criminalizar conductas bajo la forma de delitos de peligro abstracto.

Pese a la admisión general del uso del peligro abstracto para la criminalización de conductas, existen, sin embargo, algunas formas especiales de peligro abstracto que presentan ciertos reparos en la discusión doctrinal. Se cuestiona básicamente un excesivo alejamiento de la afectación al bien jurídico, entrando la criminalización prácticamente en un ámbito de prevención propio de la regulación administrativa. Dos son las figuras delictivas que reciben este cuestionamiento: los delitos de preparación y los delitos cumulativos.

Los delitos de preparación se caracterizan por anticipar la tutela penal a la sola realización de un acto de preparación de un delito. Esta estructura típica es común en diversos delitos económicos, como lo evidencia, por ejemplo, la configuración legal del delito monetario de posesión de instrumentos para la falsificación de dinero o del delito de colusión, en el que basta la sola celebración de un acuerdo restrictivo de la libre competencia. Para cuestionar la legitimidad de la decisión de criminalizar el acto de preparación de un delito se ha recurrido usualmente al llamado principio del hecho. Al respecto cabe señalar, sin embargo, que los delitos de preparación sí cumplen con el principio del hecho, pues no incriminan un hecho interno, sino el obrar de una persona. Su particularidad es simplemente que la conducta realizada no afecta de modo inmediato el bien jurídico. Esa circunstancia, sin embargo, no les debería restar legitimidad, siempre que produzcan una afectación mediata y generen, por lo tanto, niveles intolerables de inseguridad o perturbación social. Lo que, en todo caso, sí podrá ser materia de discusión es la procedencia de incriminar ciertos actos preparatorios con base en los principios de lesividad y de proporcionalidad, pero lo que no se podrá hacer es descartar de plano los delitos de preparación, alegando que resultan incompatibles con el principio del hecho³⁴.

Otra forma especial de peligro abstracto utilizada en la criminalización de los delitos económicos es la figura de los delitos cumulativos. En los delitos cumulativos se sanciona una acción individual que, por sí misma, no afecta el bien jurídico, pero que, visto en conjunto con otras posibles infracciones, sí lo hace³⁵. Ejemplos de delitos económicos que asumen esta forma de configuración típica es el delito de contaminación ambiental y el delito de lavado de activos. A estos delitos de peligro abstracto se les critica sustentar el reproche penal en un hecho que, al menos en parte, incluye el hipotético comportamiento de terceros³⁶, por lo que, si tal reproche se centrara únicamente en el aporte propio, no se alcanzaría la lesividad suficiente para sustentar una respuesta penal³⁷. Sin embargo, la normativización de la lesividad de una conducta da paso a que la incriminación pueda ser permeable a criterios de valoración complementarios. En ese sentido, encuentra acogida la idea del rechazo de la utilización de los demás para el provecho propio (*freeloading*), pudiéndose encontrar en este aspecto precisamente la lesividad de los delitos cumulativos³⁸. A partir de esta fundamentación, la discusión se traslada a qué conductas pueden penalizarse bajo la lógica del aprovechamiento del esfuerzo de los terceros. Dos serían

³⁴ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/129.

³⁵ Vid., BUSTOS RUBIO, «Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 2017, p. 304.

³⁶ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (ed.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, 2020, p. 50; BUSTOS RUBIO, *ADPCP*, (70), 2017, pp. 311 s.; GALÁN MUÑOZ/NÚÑEZ CASTAÑO, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, 2017, p. 23.

³⁷ En este sentido, BUSTOS RUBIO, *ADPCP*, (70), 2017, pp. 312 ss.

³⁸ Vid., con más detalle, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährungsdelikte*, 2000, pp. 319 ss.

los requisitos exigidos para la criminalización de delitos por medio de la figura de la acumulación: (a) la penalización debe limitarse a casos en los que los efectos cumulativos pueden esperarse de forma realista y (b) cada contribución cumulativa individual debe poseer un peso específico mínimo³⁹. En consecuencia, si los delitos económicos configurados bajo la forma de un delito acumulativo cumplen con estos dos requisitos, no debería haber un mayor cuestionamiento a su legitimidad.

c. *Delitos económicos con sistema unitario de autor*

Si bien no se trata de una situación legislativa novedosa, VOLK se ha encargado de destacar en el último tiempo la tendencia del legislador penal hacia un concepto unitario de autor al momento de tipificar diversos delitos económicos⁴⁰. De esta manera, el sistema diferenciado de la intervención delictiva recogido en la Parte General resulta abandonado en la tipificación de diversos delitos económicos de la Parte Especial o de leyes penales especiales. En el plano explicativo, se entiende que esta tendencia responde fundamentalmente al hecho de que los delitos económicos se sustentan en bienes jurídicos abstractamente formulados y, por lo tanto, resulta muy difícil encontrar parámetros claros para distinguir las formas de intervención delictiva reconocidas en la Parte General⁴¹. Desde el punto de vista valorativo, sin embargo, la posición doctrinal mayoritaria frente a esta tendencia legislativa es crítica. Así, ROXIN llama a oponerse enfáticamente a estos desarrollos o evoluciones contrarios al sistema general del delito, a los que cuestiona desde el punto de vista del Estado de Derecho⁴². Si bien no se hace una mayor precisión sobre los principios del Estado de Derecho que resultarían afectados por esta tendencia, parece claro que uno de los más relevantes sería el principio de proporcionalidad, pues al actor secundario del delito se le estaría castigando con la misma pena que la de un actor principal.

A mi modo de ver, no parece razonable defender un rechazo absoluto a la tipificación de delitos económicos con una configuración unitaria de la autoría. En determinados delitos puede ser que la entidad cuantitativa del aporte no sea un dato decisivo para la imputación, por lo que podría considerarse legítimo una redacción amplia del tipo que abarque los distintos aportes al hecho delictivo. Los delitos de infracción de un deber podrían ser el ejemplo más claro de esta indiferencia cuantitativa⁴³. Por el contrario, los casos que sí deben ser rechazados son aquellos en los que, por simples razones político-criminales, el legislador quiere dar carta abierta al juez para poder decidir discrecionalmente la entidad de la sanción⁴⁴. Esta situación podría conllevar una infracción al principio de proporcionalidad, en la medida que el juez imponga al cómplice secundario una pena concreta sin tener en consideración la atenuación que la regla de la Parte General contempla. Tal situación se ha hecho patente en el caso del delito de lavado de activos, cuya amplia estructuración típica termina equiparando la complicidad con la autoría⁴⁵. Así, en el

³⁹ Vid., detenidamente, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, 2000, pp. 322 ss.

⁴⁰ Vid., VOLK, «Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 563 ss.

⁴¹ Así, VOLK, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 571.

⁴² Vid., ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 2003, 25/3. Igualmente, VOLK, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 573.

⁴³ A ellos hace referencia también VOLK, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, pp. 569 y s.

⁴⁴ Hace referencia a este proceder por razones político-criminales, CASABIANCA-ZULETA, «Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos», *Estudios Socio-Jurídicos*, (11), 2009, p. 118.

⁴⁵ Así lo destaca VOLK, en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *FS-Roxin*, 2001, p. 566.

caso del llamado “pitufo”, cuyo aporte al proceso de lavado es fungible y con un volumen bajo de dinero implicado, no parece razonable castigarlo con la misma pena que el cerebro de la operación⁴⁶. En estos casos, la única manera de mantener la observancia de la proporcionalidad es que el juez la haga valer en el ámbito de la pena concreta.

d. *La persona jurídica como sujeto de imputación en los delitos económicos*

Una de las características actuales de los delitos económicos es que las sanciones penales no se circunscriben a los agentes individuales, sino que se castiga también al agente corporativo. Si bien la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las legislaciones penales no es exclusiva para los delitos económicos, no hay duda de que este tipo de criminalidad constituye su principal ámbito de repercusión. Lo que cabría discutir al respecto es si la forma como se hace responsable penalmente a una persona jurídica cumple con las exigencias derivadas del principio de culpabilidad penal, en el sentido de que el injusto penal realizado pueda ser considerado un hecho propio del autor⁴⁷. Una respuesta a este interrogante requiere diferenciar los modelos de responsabilidad propuestos.

Una responsabilidad penal corporativa que se sustente en un modelo de heterorresponsabilidad debería ser descartada de plano, ya que a la persona jurídica se le hace penalmente responsable por el hecho delictivo de otro. En efecto, bajo este modelo el delito es cometido objetiva y subjetivamente por un miembro individual de la organización corporativa, a la que se le hace penalmente responsable por el beneficio obtenido. Dado que la persona jurídica no respondería por un hecho propio, el principio de culpabilidad penal sería dejado de lado⁴⁸, dándose entrada a una responsabilidad indirecta que se encuentra proscrita en sede penal. Por el contrario, al modelo de autorresponsabilidad no se le puede hacer este mismo cuestionamiento, pues a la persona jurídica se le responsabiliza penalmente por un hecho propio: la defectuosa organización expresada en la falta de adopción de un modelo de prevención de delitos idóneo. Sin embargo, lo que se discute en este modelo es si la persona jurídica cuenta con las condiciones materiales y espirituales para recibir el reproche que sustenta la culpabilidad penal⁴⁹. Unos rechazan que la persona jurídica pueda reunir tales condiciones, lo que los obliga a morigerar la autorresponsabilidad con la introducción de componentes de heterorresponsabilidad, dando lugar a modelos mixtos o eclécticos. Otros, por el contrario, proponen una normativización plena de los criterios de imputación penal, de manera tal que la determinación de la responsabilidad penal no precise de aspectos predicables solamente de personas naturales.

A mi modo de ver, el modelo de autorresponsabilidad no requiere sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una culpabilidad por el hecho definida normativamente de la misma forma que para las personas naturales. Las personas jurídicas tienen una realidad y

⁴⁶ Sobre esta problemática, CASABIANCA-ZULETA, *Estudios Socio-Jurídicos*, (11), 2009, pp. 128 ss.

⁴⁷ Vid., esta discusión con más detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico*. PG, 4.ª ed., 2022, pp. 181 ss.

⁴⁸ Vid., GÓMEZ-JARA DIEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2010, p. 187; ARTAZA VARELA, «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en MIR PUIG *et al.* (coords.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, pp. 232 s.; ORTIZ DE URBINA, «Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)», en KUHLEN *et al.* (dirs.), *Compliance y teoría del derecho penal*, 2013, pp. 279 s.; NIETO MARTÍN, «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídica», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015, p. 69; GONZÁLEZ CUSSAC, «El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en MORALES PRATS *et al.* (eds.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Prof. Gonzalo Quintero Olivares*, 2018, pp. 574 s.

⁴⁹ Vid., GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 154 ss.

dinámica propias, que no pueden equipararse a las de las personas naturales. Por ello, la culpabilidad penal de las personas jurídicas debe ser necesariamente convencional, tomando analógicamente como referencia la culpabilidad ontológica de las personas naturales. Solamente admitiendo la construcción de esta culpabilidad convencional analógica (*analogia relationis*) es posible legitimar un Derecho penal de las personas jurídicas y, en el caso de los delitos económicos, de las empresas⁵⁰. Esta fundamentación analógica no debe circunscribirse a la formulación del reproche personal que, como ciudadano corporativo, se le haría por su falta de fidelidad al Derecho, sino también para identificar en la estructura corporativa el referente analógico al conocimiento que sustenta la imputación subjetiva (en mi opinión: la información⁵¹). De esta forma, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no constituye una vulneración del principio de culpabilidad penal, ajustándose a las exigencias que impone.

3.2. Las penas imponibles

El segundo aspecto a considerar, al momento de discutir la legitimidad de una decisión de criminalizar determinada forma de conducta, tiene que ver con la pena a imponer. Nuevamente aquí la tripartición de los delitos en *mala in se*, *mala in se* periféricos y *mala quia prohibita* ofrece un criterio material de evaluación. Como lo propone el Prof. SILVA SÁNCHEZ, la pena de prisión implica una exclusión de la comunidad, lo que solamente se puede justificar ante la comisión de delitos dolosos de lesión de bienes intrínsecos de la persona, esto es, delitos *mala in se*⁵². Por el contrario, en los delitos *mala in se* periféricos, la pena de prisión debe ser excepcional, limitada a supuestos especialmente graves que merecen el castigo más intenso. Salvo estos supuestos de excepción, la reacción punitiva ordinaria en los delitos *mala in se* periféricos debería tener lugar por medio de otras clases de penas como podrían serlo las penas de localización permanente, las penas de prestación de servicios a la comunidad, las penas pecuniarias o las penas de privación de derechos. Por último, en el caso de los delitos *mala quia prohibita*, las penas legalmente previstas deben ser restrictivas de derechos o pecuniarias y sólo de forma muy excepcional podría admitirse la previsión de una pena de prisión para supuestos que produzcan efectos catastróficos.

Con base en los criterios materiales de justificación expuestos se puede concluir que la previsión legal de la pena de prisión es legítima para los delitos económicos que puedan ser calificados de *mala in se*. También lo será para los delitos económicos *mala in se* periféricos que sean especialmente graves, como podría ser el caso, por ejemplo, del delito de acaparamiento de bienes de primera necesidad o del delito de venta ilegal de bienes recibidos para su distribución gratuita a sectores sociales desfavorecidos. Un aspecto importante a destacar en estos supuestos es que la pena de prisión legalmente prevista no solamente se le tiene que imponer al responsable, sino que su ejecución debe ser efectiva, ya que solamente de esta manera la pena de prisión podrá cumplir con la función de retribución-restauración que se le atribuye. Por el contrario, no es legítimo castigar, de manera general, los delitos económicos *mala in se* periféricos con una pena de prisión, sino que se debe recurrir a clases de pena menos intensas, pues lo que se busca básicamente es desincentivar la generalización de ese tipo de conductas. Si bien el legislador penal prevé muchas veces una pena abstracta de prisión por la comisión de estos delitos con el objetivo de producir un mayor efecto de prevención general negativa, lo cierto es que admite también mecanismos de sustitución de esta pena por otra clase de penas o medidas

⁵⁰ Vid., con mayor detalle, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal de las personas jurídicas*, 2023, pp. 64 s.

⁵¹ Vid., al respecto, GARCÍA CAVERO, «La imputación subjetiva a la persona jurídica», *InDret*, (2), 2022, pp. 134 ss.

⁵² Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 2/100.

alternativas que no supongan el ingreso en un centro penitenciario, como la prisión domiciliaria, la libertad vigilada, la suspensión condicional de la pena, la conversión de la pena, entre otras. De esta manera, el legislador encarga al juez la labor de ajustar la respuesta punitiva a la gravedad concreta del hecho realizado. Ya en el caso de los delitos económicos *mala quia prohibita* la misma previsión legal de la pena debe restringirse a sanciones distintas a la pena de prisión, salvo supuestos muy excepcionales de efecto catastrófico, como podría ser el caso, por ejemplo, del delito de contaminación medioambiental agravado por la producción de un grave daño a la estabilidad del ecosistema.

El esquema general descrito sobre la legitimidad de las penas previstas para los delitos económicos permite discutir, de manera específica, si pueden tener acogida aquellos regímenes especiales que adoptan criterios más rigurosos de represión para este ámbito de la criminalidad, como ocurre, por ejemplo, con la regulación especial recogida en la Ley Chilena de Delitos Económicos. Sin entrar en un análisis detallado de lo establecido en esta regulación, uno de sus principales rasgos característicos es la reducción de las posibles medidas sustitutivas de la prisión (o, en su propia terminología, de la reclusión menor o mayor), así como también la intensificación de los requisitos para poder acceder a estas medidas. En general, a lo que se apunta con esta regulación sancionatoria especial es a que en los delitos económicos las penas de prisión se cumplan de manera efectiva, salvo casos muy excepcionales. E incluso, en el caso de las penas sustitutivas a las que el delincuente económico pudiese acceder, a excepción de la remisión condicional, se establece una forma de cumplimiento que supone, por lo menos, una privación parcial de la libertad en el domicilio o en un establecimiento especial. ¿Es posible sustentar esta particular regulación desde una teoría de la incriminación de base realista como la propuesta?

En el caso de los delitos económicos *mala in se*, la pena de prisión legalmente prevista, como se indicó, debe ser cumplida por el condenado. La Ley de Delitos Económicos chilena no afecta en lo absoluto esta necesidad de castigo efectivo, ya que su finalidad es, antes bien, reducir las posibilidades de sustituir la ejecución efectiva de la pena de prisión. En ese sentido, se cumple con la finalidad retributiva-restaurativa de la pena en estos delitos económicos mediante su efectiva imposición. Más problemática es la situación en los delitos económicos que reúnan la calidad de *mala in se* periféricos. Como se indicó en las consideraciones generales, una pena de prisión solamente puede admitirse en casos especialmente graves. Pero en el supuesto ordinario de los delitos *mala in se* periféricos y, en general, en los delitos *mala quia prohibita*, la pena apunta básicamente a generar un efecto disuasorio, por lo que la eventual previsión legal de una pena de prisión por razones de prevención general debe contar con mecanismos que eviten la efectiva imposición de esa pena por medio de medidas alternativas, ajustando la pena a la gravedad concreta del delito. En la regulación chilena de los delitos económicos, sin embargo, la lógica es, más bien, la inversa, esto es, que una alternativa a la pena de prisión sea lo excepcional. De hecho, para acceder a la remisión condicional, que es la única pena sustitutiva que no implica una privación de la libertad, se requiere no sólo que la pena de presidio o reclusión impuesta no exceda los tres años, sino también que concurra una atenuante muy cualificada (esto es: una culpabilidad muy disminuida o un injusto de bagatela). Parece claro entonces que desde los criterios generales que deben sustentar la incriminación penal no habría margen para legitimar una regulación sancionatoria especial como la chilena.

Pese a lo anterior, algunos autores sostienen que el régimen punitivo especial para los delitos económicos en la regulación penal chilena encontraría su fundamento en la sensación de impunidad que genera socialmente el regular acceso del delincuente económico a las penas

sustitutivas por la entidad de pena legalmente prevista y la baja probabilidad de reincidencia⁵³. Además, lo que se busca con las penas sustitutivas es producir un efecto de prevención especial que en lo absoluto resulta apropiado para el delincuente económico. Esta justificación argüida para restringir la posibilidad de sustituir una pena de reclusión por otra de menor intensidad en el supuesto regular de los delitos económicos *mala in se* periféricos o en los delitos económicos *mala quia prohibita* no resulta convincente. Al centrarse esta justificación en la necesidad de hacer frente a la sensación social de impunidad que genera la falta de cumplimiento de una pena efectiva en los delitos económicos, lo que se está haciendo es decidir la individualización de la pena para estos delitos con base en consideraciones de prevención en general. Esa posibilidad, sin embargo, no puede encontrar un asidero válido, pues, como lo indica el Prof. SILVA SÁNCHEZ, «la prevención general negativa no puede desempeñar un papel en la individualización de la pena dado su patente carácter instrumentalizador del reo»⁵⁴. Se estaría despersonalizando al condenado con la finalidad de asegurar las condiciones cognitivas de cumplimiento de las normas penales⁵⁵. Tal despersonalización no puede encontrar cabida. Para reforzar la obediencia general de las normas se podrá, en todo caso, acudir a la pena de multa o a la consecuencia accesorias de decomiso de ganancias ilícitas, comunicando socialmente, con la claridad necesaria, que la comisión de un delito económico no solamente no es rentable, sino que también lleva aparejado graves perjuicios económicos para su autor.

Una mayor viabilidad justificativa podría reconocérsele al planteamiento que sustenta el tratamiento punitivo diferenciado para los delitos económicos en un retribucionismo complejo. De acuerdo con este planteamiento, la pena no solamente debe reafirmar el Derecho ante la negación del delito, sino también evitar la erosión de la voluntad de cumplimiento de las normas. Así, el marcado potencial anómico que produce la comisión de un delito, por quien se aprovecha de una ventaja estructural o agencial, jurídicamente reconocida, para la adquisición o el despliegue de poder económico, hace que la pena se deba imponer sin que, a diferencia de la criminalidad de los marginales, exista la asunción de alguna corresponsabilidad social mediante la suspensión o sustitución de la ejecución de la pena desde la perspectiva de la resocialización⁵⁶. En ese sentido, la pena para los delitos económicos no debe dar cabida a mecanismos de alternatividad a la pena privativa de libertad.

La justificación retribucionista esbozada para el tratamiento punitivo diferenciado de los delitos económicos tiene, sin embargo, un componente discutible: que las suspensiones o sustituciones de las penas privativas de libertad se sustenten en una finalidad de resocialización que impone la corresponsabilidad social. En realidad, estas medidas no apuntan a resocializar al condenado, sino, más bien, a evitar la desocialización que le produce el cumplimiento de una pena de prisión de corta duración. En consecuencia, la corresponsabilidad de la sociedad deberá ser considerada a nivel de la determinación de la pena concreta como una circunstancia de atenuación. Pero las

⁵³ Vid., BASCUÑÁN/WILENMANN, *Derecho penal económico chileno*, t. I, 2023, pp. 164 s.

⁵⁴ Vid., SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 28/18.

⁵⁵ Ya JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2006, pp. 39 s., ponía de relieve la concepción de las leyes de delitos económicos como una lucha contra individuos que en su vida económica se habrían apartado probablemente de manera duradera o, al menos, de modo decidido del Derecho, no prestando la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.

⁵⁶ Vid., MAÑALICH RAFFO, «Los delitos económicos frente a la teoría de la pena. *Méditations hégéliennes* a propósito de la reciente metamorfosis del derecho penal chileno», en FEIJOO SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS (eds.), *Teoría y práctica de los delitos económicos. Hacia una racionalización de la protección penal del orden económico*, 2025, pp. 56 ss.

alternativas a las penas de prisión no se mueven en ese mismo espacio justificativo, sino en la evitación de la desocialización del condenado, lo que tendría que valer tanto para los marginados, como para los integrados en la sociedad.

4. Conclusión

La exposición realizada permite concluir que, en una teoría de la incriminación de base realista, es posible justificar la criminalización de los delitos económicos. Asimismo, con base en una teoría de la conducta criminal que se desprende de la referida teoría de la incriminación es posible también la flexibilización de los principios que regulan el ejercicio del *ius puniendi*. En cuanto a las penas imponible, sin embargo, resulta discutible la aprobación de un estatuto sancionatorio especial para los delitos económicos que apunte a impedir o restringir sustancialmente el acceso a medidas alternativas a la pena de prisión.

5. Bibliografía

ARTAZA VARELA, «Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal», en MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance, Programas de prevención, detección y reacción penal*, BdF, Buenos Aires, 2014, pp. 231 ss.

BACIGALUPO ZAPATER, «La justicia y la seguridad jurídica en el Derecho penal», en MONTIEL (ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho Penal: ¿Decadencia o evolución?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 55 ss.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ/WILENMANN VON BERNATH, *Derecho penal económico chileno*, t. I, DER Ediciones, Santiago, 2023.

BRETTEL/SCHNEIDER, *Wirtschaftsstrafrecht*, 3.^a ed., Nomos, Baden-Baden, 2021.

BUSTOS RUBIO, «Delitos acumulativos y delitos de peligro abstracto: el paradigma de la acumulación en derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (70), 2017, pp. 293 ss.

CARPIO BRIZ, «Concepto y contexto del Derecho penal económico», en CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Manual de Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte General y Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 27 ss.

CASABIANCA-ZULETA, «Algunas reflexiones sobre la complicidad y su aplicación en ciertos delitos socioeconómicos», *Estudios Socio-Jurídicos*, (11), 2009, pp. 117 ss.

DANNECKER, «1. Kapitel. Die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts in der Bundesrepublik Deutschland», en WABNITZ/JANOVSKY (eds.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, C.H. Beck Verlag, München, 2000, pp. 13 ss.

GALÁN MUÑOZ, «Bienes jurídicos individuales, bienes jurídicos supraindividuales y bienes jurídicos intermedios», en GALÁN MUÑOZ/NÚÑEZ CASTAÑO, *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19 ss.

GARCÍA CAVERO, «Hacia un concepto dogmático del derecho penal económico», en CONTESSE/SILVA (coords.), *Racionalidad y escepticismo en el Derecho penal. Estudios en Memoria de Miguel Soto Piñero*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2024, pp. 663 ss.

———, *El derecho penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima, 2023.

———, «La imputación subjetiva a la persona jurídica», *InDret*, (2), 2022, pp. 132 ss.

———, *Derecho penal económico. Parte General*, 4ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2022.

———, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Ideas, Lima, 2019.

GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GÓMEZ-JARA DIEZ, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, BdeF, Buenos Aires, 2010.

GONZÁLEZ CUSSAC, «El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en MORALES PRATS/TAMARIT SUMALLA/GARCÍA ALBERO (coords.), *Represión penal y Estado de Derecho. Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 565 ss.

HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, Decker, Heidelberg, 1991.

HÜLS, *Grenzen des Wirtschaftsstrafrechts?*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

JAKOBS, «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 21 ss.

———, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1991.

KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico», trad. por Molina Fernández en Arroyo Zapatero *et al.* (eds.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 441 ss.

MANSDÖRFER, *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, C.F. Müller, Heidelberg, 2011.

MAÑALICH RAFFO, «Los delitos económicos frente a la teoría de la pena. *Méditations hégéliennes* a propósito de la reciente metamorfosis del derecho penal chileno», en FEIJOO SÁNCHEZ/PEÑARANDA RAMOS (eds.), *Teoría y práctica de los delitos económicos. Hacia una racionalización de la protección penal del orden económico*, BdeF, Buenos Aires, 2025, pp. 27 ss.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2012.

NIETO MARTÍN, «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídica», en EL MISMO (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 49 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societas delinquere potest)», en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (dirs.), *Compliance y teoría del delito*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 263 ss.

PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a.M., 1993.

QUINTERO OLIVARES, «Estado actual de la teoría del delito y Derecho penal económico», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 49 ss.

ROTSCH, «Vom schwierigen Zustand des deutschen Strafrechts», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (10), 2020, pp. 471 ss.

———, «Compliance und Strafrecht – Konsequenzen einer Neuentdeckung», en JOECKS/OSTENDORF/RÖNNAU/SCHMITZ (eds.), *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, 2010, pp. 141 ss.

ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, C.H. Beck, München,, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 2025.

———, «La legislación penal económica», en EL MISMO, (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa*, Atelier, Barcelona, 2020, pp. 47 ss.

TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, 5.^a ed., Vahlen, Sinzheim, 2017.

———, «Wirtschaftsstrafrecht – Einführung und Übersicht», *Juristische Schulung*, 1989, pp. 691 ss.

———, *Poder económico y delito*, Ariel, Barcelona, 1985.

———, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Mohr, Tübingen, 1969.

VERGHO, *Der Maßstab der Verbrauchererwartung im Verbraucherschutzstrafrecht*, Centaurus Verlag, Herbolzheim, 2009.

VOLK, «Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs», en SCHÜNEMANN et al. (eds.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70 Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, 2001, pp. 563 ss.

WAGNER, *Die Akzessorietät des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich ein Betrag zu Begriff und Wesen des Wirtschaftsstrafrechts*, C. F. Müller, Heidelberg, 2016.

WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 4.^a., C. H. Beck, Sinzheim, 2017.

WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000.

Tratamiento dogmático de las «conductas neutrales» en la teoría de la intervención delictiva

Sumario

El presente artículo parte del problema que ha supuesto en la teoría del delito el tratamiento de las conductas neutrales, las cuales aportan al curso causal delictivo de un tercero, y propone la necesidad de implementar el sentido único de integración en el injusto común como concepto clave para diferenciar los aportes relevantes que integran ese injusto típico realizado conjuntamente, de aquellos que no tienen un significado social e inequívocamente delictivo. Para ello, reconstruye el estado de la discusión doctrinal, las teorías tradicionales sobre el fundamento del injusto de participación, opta por un concepto unitario de intervención delictiva y explica los criterios de orientación que desarrollan el sentido único de integración -la infracción de deberes de garante, la idoneidad de la prohibición para mejorar el bien jurídico, la adaptación al proyecto delictivo posterior y la inminencia delictiva como indicador de ese sentido único-. De esta manera, la propuesta delimita el ámbito de libertad propicio para no paralizar el intercambio de bienes y servicios a partir del mero dato del conocimiento de la intención delictiva del tercero, y el ámbito de prohibición a través de una configuración concreta de la realidad por parte del interviniente, cuyo aporte se considera jurídicamente desaprobado.

Abstract

This article examines the challenge that the treatment of so-called neutral conduct poses for criminal law theory, where such conduct contributes to the causal chain of a crime committed by another person. It argues for the introduction of the notion of a unique sense of integration into shared wrongdoing as a key analytical concept for distinguishing those contributions that constitute participation in a jointly committed offence from conduct that lacks a socially meaningful and unequivocally criminal character. To this end, the article reconstructs the current state of the doctrinal debate and the traditional theories concerning the basis of accomplice liability, adopts a unitary account of criminal participation, and develops a set of guiding criteria that give content to this unique sense of integration -namely, the breach of duties of care or responsibility, the capacity of criminal prohibitions to enhance the protection of legally protected goods, alignment with the principal offender's subsequent criminal plan, and criminal imminence as an indicator of such integration-. In this way, the proposal delineates, on the one hand, a scope of lawful freedom that prevents the mere knowledge of another's criminal intent from unduly restricting the exchange of goods and services, and, on the other hand, a scope of prohibition defined by the participant's concrete shaping of social reality, in which the contribution is regarded as legally blameworthy.

Zusammenfassung

Dieser Beitrag geht von dem Problem aus, das die Behandlung neutraler Verhaltensweisen aufwirft, die zum deliktischen Kausalverlauf eines Dritten beitragen, und schlägt vor, den einzigartigen Sinn der Einfügung in das gemeinsame Unrecht als zentralen dogmatischen Begriff einzuführen, um diejenigen Beiträge zu unterscheiden, die das tatbestandsmäßig verwirklichte, gemeinschaftlich begangene Unrecht konstituieren, von solchen, denen keine

soziale und eindeutig strafrechtlich relevante Bedeutung zukommt. Zu diesem Zweck rekonstruiert der Beitrag den Stand der traditionellen Theorien auf der Grundlage der rechtswidrigen Mitwirkungshandlung, entscheidet sich für ein einheitliches Konzept strafrechtlicher Beteiligung und erläutert die Leitkriterien, die den einzigartigen Sinn der Einfügung bestimmen -die Verletzung von Garantenpflichten, die Eignung des Verbots zur Stärkung des Rechtsgüterschutzes, die Anpassung an das nachfolgende Tatvorhaben sowie die strafrechtliche Unmittelbarkeit als Indikator dieses Sinns-. Auf diese Weise grenzt der Vorschlag einerseits einen Freiheitsbereich ab, der geeignet ist, den Austausch von Waren und Dienstleistungen nicht allein aufgrund der bloßen Kenntnis der kriminellen Absicht des Dritten zu beeinträchtigen, und andererseits einen Verbotsbereich, der durch eine konkrete Gestaltung der Realität durch den Beteiligten bestimmt wird, dessen Beitrag als rechtlich missbilligt gilt.

Title: Dogmatic treatment of “neutral behaviors” in the theory of criminal intervention.

Titel: Dogmatische Behandlung der „neutralen Handlungen“ in der Lehre von der strafrechtlichen Beteiligung.

-

Palabras clave: Conductas neutrales, intervención delictiva, sentido único de integración.

Keywords: Neutral behaviors, criminal intervention, unique sense of integration.

Stichwörter: Neutrale Handlungen, strafrechtliche Beteiligung, einzigartigen Sinn der Einfügung.

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.09

-

1.2026

Recepción
29/09/2025

-

Aceptación
15/11/2025

-

Índice

-

- 1. Introducción**
- 2. Teorías sobre el fundamento del injusto de la participación**
- 3. Perspectivas teóricas sobre las conductas neutrales**
 - 3.1. Teorías subjetivas
 - 3.2. Tesis objetivas
 - a. La prohibición de regreso (Jakobs)
 - b. La intervención delictiva como acción colectiva (Reyes)
 - c. La relación de sentido delictiva (Frisch)
 - d. La solidarización con el injusto ajeno (Schumann)
 - e. El riesgo especial de continuación delictiva (Robles Planas)
 - f. El principio de idoneidad (Greco)
 - g. Balance crítico
 - 3.3. Tesis mixtas
 - a. Propuestas basadas en la teoría de la adecuación social
 - b. Teorías mixtas no diferenciadoras en el plano subjetivo
 - c. Teorías mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo
- 4. El conocimiento de la aptitud lesiva del injusto y el «sentido único de integración»**
- 5. Criterios para determinar la integración en el injusto común**
 - 5.1. Infracción de deberes de garante
 - 5.2. Idoneidad de la prohibición para mejorar el bien jurídico y adaptación al proyecto delictivo del segundo interviniente
 - a. Idoneidad de la prohibición para mejorar el bien jurídico
 - b. Adaptación al proyecto delictivo del segundo interviniente
 - 5.3. Casos límite: Situaciones de inminencia delictiva
 - a. El comienzo de la tentativa de las conductas inequívocamente delictivas
- 6. Conclusiones**
- 7. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No
Comercial 4.0 Internacional



1. Introducción*

Sin duda, uno de los mayores problemas que ha suscitado el interés de los penalistas que trabajan en la teoría del delito, es el de las conductas neutrales, a tal punto que la bibliografía sobre el tema es de las más voluminosas y diversas. La doctrina utiliza esta expresión para identificar un grupo de casos que presenta dos características: primero, una contribución al injusto de otro por medio de una acción en apariencia permitida, y segundo, el conocimiento seguro o probable de que, con el aporte, se facilita la comisión de un delito por parte de un tercero¹. En estos casos se identifica un efecto favorecedor al autor de un delito a través de comportamientos ejecutados conforme a una posición social o profesional. Se puede decir que el estado actual de la discusión se caracteriza por la casi inabarcable cantidad de contribuciones doctrinales sobre el tema, el abuso del método casuístico y la falta de consenso.

Es cierto que no existe una denominación homogénea del problema, ante la gran extensión de terminologías en la doctrina (vgr., conductas neutrales, cotidianas, profesionalmente adecuadas, estándar, etc.), pero en este trabajo se optará por la expresión «conductas neutrales», por ser la más difundida en la literatura, porque logra evocar la raíz del problema dentro de ese espacio difuso entre la intervención delictiva punible y la impune, pero que, en esencia, solo cumple una función descriptiva útil de un caso genérico que ostenta las dos características antedichas, sin prejuizar y sin constituir un concepto dogmático autónomo².

Este artículo reconstruirá brevemente el estado del arte en la materia, siguiendo algunos trabajos relevantes³. Con base en el análisis de las teorías, se propondrá una interpretación para abordar este tipo de casos partiendo de una perspectiva unitaria normativista, que considera al injusto como una obra en común entre todos los intervinientes en el hecho. Para alcanzar este objetivo, se critican las teorías tradicionales sobre el injusto de la participación y se desarrolla el concepto del sentido único de integración como límite mínimo de la intervención delictiva. Este concepto, que depende para su concreción de cuatro criterios -la infracción de deberes de garante, la idoneidad de la prohibición para mejorar la situación del bien jurídico, la adaptación o ajuste al proyecto delictivo posterior y la inminencia delictiva como indicadora del sentido delictivo- es la clave para solucionar el problema de las conductas neutrales, pues permite delimitar el ámbito de lo punible sin una interferencia de la libertad insoportable para la vida social y sin invadir el fuero interno de la persona, en la medida en que el dato del conocimiento del colaborador sobre el proyecto de injusto, no constituye el fundamento último de la relevancia típica del aporte del

* Autor de contacto: Miguel Angel Muñoz García (miguel-munoz@javeriana.edu.co). El contenido del siguiente texto corresponde parcialmente al acápite 5 del capítulo primero del libro de la tesis doctoral: El conocimiento más allá de toda duda razonable del dolo en la intervención delictiva. dogmática penal y estándares de prueba. Bogotá, Javeriana-Ibáñez, 2024, 727 pp.

¹ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento en imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, 2009, p. 68.

² ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, pp. 41-43.

³ RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2007; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación criminal. Las acciones neutrales y la participación en el delito*, 2001; ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013; LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en los negocios. Contribución al límite mínimo de la participación frente a actos neutros*, 2002; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003; GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, 2017; BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível. Sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*, 2021.

interviniente, sino que brinda el contexto de aquella realidad conocida, que habrá de ser valorada de acuerdo al sentido único de integración, en el marco de la teoría de la imputación objetiva.

2. Teorías sobre el fundamento del injusto de la participación

Ciertas teorías sobre el fundamento del injusto de participación niegan relevancia al hecho principal, concentrándose en lo realizado por el partícipe⁴, mientras que otro sector doctrinal busca dicho fundamento en el significado del aporte del partícipe en relación directa con el delito del autor, como ocurre con las teorías del favorecimiento y del ataque accesorio al bien jurídico, en las cuales el partícipe realiza de forma indirecta un peligro desaprobado, pero siempre dependiente de la realización de un peligro no permitido decidido por el autor. La teoría de la causación o del favorecimiento, probablemente dominante en la doctrina alemana y española⁵, aunque criticada por su difícil compatibilidad con el principio de responsabilidad por el propio injusto⁶, sostiene que el partícipe merece pena porque su conducta significa una contribución a la realización del hecho principal por parte del autor, por lo que el fundamento y la medida del injusto que realiza el partícipe, está en función del injusto del hecho principal que lleva a cabo el autor.

ROXIN, como abanderado de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, sostiene que el injusto de la participación se deriva en parte del injusto del autor, por lo que es accesorio, imputándosele al partícipe el injusto doloso con una atenuación de la pena según el § 27 del StGB. Sin embargo, también es independiente y autónomo, porque la imputación solo se produce si la colaboración o ayuda del cómplice representa, simultáneamente, un ataque propio al bien jurídico⁷. El injusto

⁴ Es el caso, por ejemplo, de la *teoría pura de la causación* de LÜDERSSEN, conforme a la cual el injusto del partícipe consiste en la causación de un ataque indirecto al bien jurídico. RENZI KOWSKY parte del peligro que supone para el bien jurídico la contribución del partícipe al colaborar con el hecho del autor, aceptando el principio de accesoriedad como imposición legal. El injusto del partícipe, para este autor, deviene de las normas de conducta que se describen en los §§ 26 y 27 del Código penal alemán, que buscan motivar el no incremento del riesgo de lesión de los bienes jurídicos por medio de conductas mediatamente peligrosas para aquellos. Los defensores de esta teoría hablan del «delito del partícipe», de tal manera que el hecho es portador de su propio contenido de injusto y culpabilidad. Como dice SANCINETTI, «si el ilícito consiste siempre en la infracción de una norma referida a cada destinatario, no tendría que existir nunca la posibilidad de que la acción de un sujeto determine la punibilidad de otro». SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 654, 770. Sin embargo, esta teoría resulta incompatible con los sistemas jurídicos modernos que se inspiran en el principio de accesoriedad limitada, y, desde el punto de vista político-criminal, supondría una extensión de la punibilidad del partícipe al prescindir del injusto del autor. ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 92. Para SCHUMANN, solo puede hacerse responsable al partícipe por el desvalor del acto de su propia conducta, consistente en una solidarización «insostenible» con el injusto del autor. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 120-121; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 50-51. Para ROXIN, no es convincente este principio de solidarización porque la punibilidad solo surge «cuando la conducta del partícipe repercute o influye en el resultado». ROXIN, *Derecho penal. Parte general.*, t. II, 2014, 26/24, p. 213. Estas teorías tienen el problema de no concordar la fundamentación autónoma de la sanción al partícipe, con el hecho de que, para su punición, sea imprescindible la existencia del hecho principal. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 282.

⁵ Para esta teoría, «es la cocausación del hecho principal la que justifica la punición al partícipe, pues este no lesiona ni pone en peligro el bien jurídico protegido, sino solo el autor, por lo que solo de él puede nacer el injusto que se le imputará al partícipe». MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 54; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. II, 5.ª ed., 2014, 64/1, pp. 1024-1025; WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Derecho penal parte general*, 2018, § 16, nm. 793-794, pp. 385-387; MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., 2015, 15/29-33, pp. 410-412; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., 2007, p. 437.

⁶ Para ROBLES PLANAS, el injusto del partícipe no puede derivarse del injusto del autor, so pena de quebrar el principio de responsabilidad por el propio injusto. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 131-132.

⁷ ROXIN, *PG*, 2014, 26/11, pp. 207-208

de participación no puede separarse del injusto del hecho principal, por lo que cada participación es una causación accesoria, a través del autor, de una lesión mediata y típica del bien jurídico. Así, más allá de la mera causación accesoria, si el injusto autónomo de la inducción constituye una incitación expresa o implícita dirigida al objetivo, a través del determinador, que ataca el bien jurídico, el de la complicidad requiere, además de la relación de causalidad, un incremento del riesgo, es decir, el mejoramiento de las oportunidades del autor y la elevación del riesgo para la víctima; solo de esta manera se entiende, según ROXIN, un ataque independiente al bien jurídico por parte del partícipe mediante la creación de un riesgo no permitido⁸.

Detrás de esta postura se encuentra la teoría del dominio del hecho, que pretende justificar la diferencia de tratamiento punitivo entre el autor y el partícipe. Figura central del suceso delictivo es quien domina el acontecer que conduce a la realización del delito, en tanto que los partícipes ejercen igualmente influencia en el acontecer, pero no configuran de manera determinante su ejecución⁹. Los autores, dependiendo de la modalidad de que se trate -autoría directa, autoría mediata, coautoría-, tienen el dominio del hecho¹⁰, con lo cual se busca diferenciar, desde una perspectiva estrictamente cualitativa, la intervención delictiva como autor y como partícipe; de ahí se explica la dependencia del injusto del partícipe del injusto del autor. Como éste tiene en sus manos los últimos eslabones causales de la producción del resultado típico, ni el inductor ni el cómplice realizan aportes causales decisivos, porque la determinación tiene lugar antes de la ejecución del hecho; en cambio, la complicidad solo influye en el modo de la causación, no sobre el sí. Por eso, el injusto propio del partícipe consiste en la causación dolosa del resultado típico a través del injusto del autor¹¹.

ROBLES PLANAS ha visto en la teoría del dominio del hecho una dificultad para justificar el castigo de la participación, porque si al autor le pertenece el hecho como su obra, puesto que es quien detenta el dominio físico-natural de los elementos del tipo, actuando en último lugar, entonces no se entiende por qué debería castigarse también a otra persona por un hecho que no le pertenece¹². Por otro lado, la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, a pesar de su relativo

⁸ ROXIN, «¿Qué es la complicidad?», en ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, 2007, p. 551.

⁹ Pero «también existen delitos en los que en el centro de la realización típica sólo aparece quien ha infringido un deber personal que no incumbe a cualquiera. A estos delitos los denomino delitos de infracción de deber». ROXIN, *PG*, 2014, 2/13-14, p. 69.

¹⁰ Para ROXIN el dominio de la acción explica la autoría directa, el dominio de la voluntad (en virtud de error, coacción y aparatos organizados de poder) la autoría mediata, y el dominio funcional, la coautoría. Esta última modalidad exige dos requisitos: un plan común y un aporte «esencial» en la fase ejecutiva, el cual se entiende como aquel que, de no haber ocurrido, hubiese hecho fracasar el plan global y la realización del injusto. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 9.ª ed., 2016, p. 274. Esta propuesta ya era conocida en los albores del finalismo: para MAURACH, el coautor tiene en sus manos el suceso típico, y voluntariamente puede interrumpir o dejar correr la realización del resultado. MAURACH, *Tratado de derecho penal*, 1962, p. 343. Este dominio negativo del hecho ha sido criticado, porque cualquiera de los intervinientes puede frustrar el proyecto delictivo común, incluso un ínfimo cómplice: «Este dominio también lo tiene cualquier cómplice que aporte un elemento indispensable para la realización del tipo como, por ejemplo, el vendedor de un destornillador imprescindible para entrar en la casa donde se pretende efectuar el robo. En resumen: cualquier agente tiene dominio del hecho exactamente en la medida en que interviene en el hecho a través de su propia aportación». KINDHÄUSER, «Cuestiones fundamentales de la coautoría», *Revista penal*, (11), 2003, p. 56; JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 83; VAN WEEZEL, «Coautoría», en VAN WEEZEL, *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*, 2011, p. 206. Por lo demás, para algún sector doctrinal, ese dominio negativo lleva a una «ampliación del tipo que no se corresponde con un verdadero concepto restrictivo de autor», por lo que es necesario el dominio positivo y objetivo del hecho. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, 2009, p. 617.

¹¹ CUELLO CONTRERAS, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», *Cuadernos de política criminal*, (97), 2009, pp. 28-29, 39.

¹² ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 156.

éxito, no ofrece un contenido material al injusto del partícipe y a su relación con el injusto del autor, ni compatibiliza satisfactoriamente la responsabilidad por el hecho propio y la necesaria conexión con la conducta de quien puede ser calificado como autor en el injusto. De hecho, es difícil comprender cómo el injusto del partícipe puede ser autónomo y derivado a la vez, porque una teoría puede ser ecléctica en sus fundamentos, pero no en sus soluciones; luego, el injusto de participación, o es autónomo o es derivado, pero no puede describirse simplemente añadiendo dos partes heterogéneas, esto es, principio de accesoriedad y ataque al propio bien jurídico¹³.

Otra perspectiva se entronca bajo la idea de realización conjunta del injusto entre el autor y el partícipe. La normativización del régimen de coparticipación en la obra de JAKOBS implica asumir un concepto al de la teoría del dominio del hecho. En los delitos de dominio, autor es quien tiene la competencia organizativa para que, en su propio ámbito de responsabilidad, no sucedan cosas que afecten ámbitos ajenos de organización¹⁴. Por ejemplo, el empleado de una fábrica tiene el dominio sobre el vertido contaminante, pero no es autor, porque no le incumbe velar por la calidad del líquido. Coautor, para esta teoría normativa, no es quien domina el hecho junto a otros, sino quien realiza un aporte decisivo al hecho principal antes o durante su ejecución, por lo que su distinción con el partícipe no depende del tipo de injusto, sino de las cantidades de dominio del hecho. Esa falta de diferenciación cualitativa, se explica por la abstracción que conlleva contemplar toda forma de participación como infracción de un deber¹⁵.

Para JAKOBS, no basta la causalidad y el conocimiento de la realización del tipo, porque debe existir una división vinculante del trabajo, lo cual no implica un acuerdo, ni que el ejecutor conozca el aporte del interviniente, pues basta que la conducta posibilite la contradicción de la norma¹⁶. En una actuación conjunta, el injusto lo constituye la lesión de la norma jurídico-penal, pero la competencia por la obra en común se adquiere cuando el interviniente configura alguno de los elementos del delito, es decir, si su aporte tiene el sentido de posibilitar la ejecución¹⁷, bien sea porque lo introduce (en el caso de la inducción), porque entrega un objeto peligroso sin seguir las cautelas debidas, o porque acopla su comportamiento al plan delictivo existente. De hecho, el aporte puede ser una conducta cotidiana, pero «si de las circunstancias concretas del aporte no surge la relación delictiva, es entonces el receptor quien otorga a dicho aporte el sentido delictivo, y no quien lo aportó»¹⁸. Es decir, no es lo mismo vender un cuchillo a alguien aun sabiendo su uso delictivo, que venderlo a quien está justamente peleando con su enemigo al frente de la tienda de cuchillos. Por todo esto, la imputación al interviniente en el estadio previo de la ejecución depende de que el aporte posibilite el curso delictivo anunciado por el entorno, o sea una adaptación a la planificación delictiva de otro.

¹³ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 132-133.

¹⁴ JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, 2001, pp. 69-70.

¹⁵ CUELLO CONTRERAS, *CPC*, (97), 2009, p. 35.

¹⁶ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 46.

¹⁷ «Esta vinculación con la ejecución alcanza al interviniente si él hace un aporte cuya significación no se agota en una prestación pasajera (división restringida del trabajo) sino que posee el sentido de posibilitar la ejecución, esto es, el interviniente debe, o bien (1) haber ajustado su aporte de tal modo que adquiriera ese sentido, o bien (2) haber prestado un aporte que ostente ya el sentido estereotipado de facilitar la ejecución». JAKOBS, «La intervención delictiva», en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin y sobre las estructuras modernas de imputación*, 2010, p. 20.

¹⁸ JAKOBS, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho penal y sociedad*, 2010, p. 20.

En todo caso, la ejecución del tipo penal genera la competencia de los intervinientes en el hecho¹⁹, tanto de quien ejecutó como de quien aportó, porque si bien es verdad que sin ejecución no hay hecho delictivo, no es menos cierto que sin la contribución de los otros intervinientes tampoco se hubiese llegado a ese hecho²⁰, porque éste se estructura a partir de una división vinculante de trabajo en el que se definen los «contornos» del delito; es decir, los aportes los transforma el ejecutor en la realización típica, esto es, en la arrogación o usurpación de una organización ajena que comienza con la tentativa²¹. Si esto es así, es imposible trazar una diferencia cualitativa entre el interviniente y el ejecutor, es decir, entre quien fija el «cómo» y quien determina el «sí» del hecho, porque ambos «co-configuran» el delito en igualdad de condiciones, aunque puede verse que, por regla general, la ejecución tiene mayor peso. En este orden de ideas, la realización del tipo en el que se interviene es una infracción colectiva de la norma por parte de todos los actores, de ahí que la graduación del peso de los aportes en el ámbito de la medición de la pena es la única alternativa para atribuir a los intervinientes en ese injusto común la calidad de autores o partícipes²². Por lo tanto, no pueden existir intervinientes «con» y «sin» dominio del hecho, sino con un «más» o «menos» dominio de la obra en común, en la que los autores configuran lo esencial y los partícipes lo accesorio²³. La única diferencia cualitativa es aquella que traza la línea divisoria entre la prohibición de regreso y la obra en común; en la primera, la división de trabajo implica que cada uno solo es competente por su propio segmento, mientras que en la división de trabajo aditiva se forma una comunidad de fines que van más allá de los meros intercambios cotidianos, pues en estos lo que quiera el receptor de la prestación es irrelevante²⁴. Lo que autores como JAKOBS, LESCH y ROBLES PLANAS reconocen, es que nadie debe contar con lo que otro sujeto autorresponsable haga con su propia conducta, salvo si ella expresa una relación de sentido -actual o futura- con un hecho delictivo, es decir, una conducta que significa llevar adelante la planificación delictiva o un riesgo especial de continuación delictiva²⁵.

¹⁹ «La participación en el estadio previo a la ejecución, es el motivo por el cual se imputa también al partícipe la ejecución llevada a cabo por el autor principal». JAKOBS, «Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común», en JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, pp. 748-749.

²⁰ En efecto, no solo quienes actúan durante la fase ejecutiva pueden hacer fracasar el proyecto delictivo, pues también pueden hacerlo quienes actúan durante la fase preparatoria. OROZCO LÓPEZ, «La graduación de la intervención delictiva», *InDret*, (2), 2021, p. 6.

²¹ JAKOBS, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho penal y sociedad*, 2010, pp. 23-25; JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 29. En este sentido, las preparaciones en el estadio previo a la ejecución del tipo pueden verse como un injusto «suspensivamente condicionado» al perfeccionamiento de la arrogación de la organización.

²² JAKOBS, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho penal y sociedad*, 2010, p. 26.

²³ JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, 2001, pp. 84-85. Los intentos de concretar el denominado peso del aporte han sido varios. Según LESCH, hay que valorar el aporte según su relevancia para la vigencia de la norma, por lo que la intervención de aquel que realiza el último acto, y con ello, la contribución determinante para la producción del resultado adquiere una «significación sobresaliente» para el daño a la vigencia de la norma. En todo caso, en este ámbito es imposible una exactitud matemática, pero, por regla general, los aportes en los cuales la desautorización de la norma se «lea» de forma inmediata, porque se encuentran cercanos a la entrada del resultado, deben ser considerados con un mayor peso que los aportes lejanos. LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1997, pp. 72-74.

²⁴ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 54. Se apoya JAKOBS en KANT para sustentar el principio liberal de la competencia por el segmento propio de cada uno: «No se pregunta si alguien puede beneficiarse también o no de la mercancía que me compra para su propio negocio, sino que solo se pregunta por la forma en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como libre, y si, de este modo, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal». KANT, *La metafísica de las costumbres*, 1993, pp. 38-39.

²⁵ VACCHELLI, *Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriedad*, 2018, p. 46. Para VACCHELLI, este enfoque acierta al separar el análisis de la existencia de una contribución jurídico-penalmente relevante y el momento posterior de su valoración. La coordenada clave consiste en que «todos los intervinientes se encuentran en un mismo nivel inicial como destinatarios de la imputación». VACCHELLI, *Intervención delictiva*, 2018, p. 327.

La propuesta normativista ha sido criticada por retornar a un concepto extensivo de autor. No obstante, aparte de reconocer el principio de accesoriedad como una relación de dependencia del acto individual respecto a la acción colectiva a partir de la ejecución, la teoría normativista sí diferencia al autor del partícipe. Solo que, a diferencia de las tesis tradicionales, esa distinción no se elabora por medio de entidades cualitativas u ontológicas, sino a través de valoraciones graduales sobre la importancia de los aportes -causalmente idénticos- para la realización del injusto²⁶. Para JAKOBS no todas las contribuciones tienen la misma importancia, si se tiene en cuenta que una prestación puede ser más significativa que otra para el éxito del injusto, como el último acto (ejecutivo), aunque, si éste lo puede hacer cualquier persona, suele perder mayor relevancia para la contradicción de la vigencia de la norma. Así mismo, las prestaciones en el estadio previo a la ejecución se pueden imputar más intensamente cuando demuestran capacidades o destrezas especiales no disponibles en cualquier parte, o si son eficaces para el curso fluido de la ejecución²⁷.

ROBLES PLANAS ha propuesto una teoría de la intervención en el delito influenciada por este enfoque normativista, en donde «cada interviniente debe responder solo en la medida en que su propia conducta suponga una intromisión en una esfera de organización ajena»²⁸. Esto significa mantener el principio de autorresponsabilidad, el cual impide derivar el injusto del partícipe del injusto de otro. Más bien, el injusto de la intervención en el delito surge de la puesta en relación de la conducta del interviniente con el único hecho injusto que existe, el injusto típico, el cual pertenece tanto al autor como al partícipe²⁹. En otras palabras, entre ejecución e intervención hay una relación de sentido, una configuración común del hecho en la que los intervinientes

Este autor afirma que el principio de accesoriedad cumple una función prospectiva en el ámbito de la norma primaria (de comportamiento), y una función retrospectiva en el ámbito de la norma secundaria (de sanción), por lo que vendría a cumplir una doble función. En el nivel de la norma de comportamiento, se tiene en cuenta el disvalor material del hecho habilitante de la prohibición, que se corresponde con un injusto culpable que expresa una desautorización de la norma (o defraudación de una expectativa normativa), mientras que, desde el punto de vista de la norma de sanción, *ex post* se verifica si el injusto debe ser refutado mediante una pena, en cuanto que habrá de sancionarse «a quienes hicieron posible el hecho, es decir, a quienes les pertenece el delito como expresión mancomunada de sentido jurídico-penalmente relevante». VACCHELLI, «La aportación individual a la obra colectiva», *InDret*, (3), 2021, p. 106.

²⁶ GONZÁLEZ LILLO critica esta teoría de la intervención delictiva con base funcionalista, en la cual, según un primer nivel, habría que determinar binariamente si una persona se ha constituido o no como interviniente en el hecho en cuestión, para atribuirle después el estatus de autor o de partícipe en consideración al *quantum* del aporte prestado. Este planteamiento podría chocar con el hecho de que los regímenes legales que distinguen entre autores y partícipes determinan que se puede ser interviniente en el hecho, porque éste le resulta imputable a título de autor o a título de partícipe. De hecho, en el siguiente nivel de especificación conceptual, habría que determinar la autoría directa, la autoría mediata, la coautoría, la determinación y la complicidad. GONZÁLEZ LILLO, *Autoría y participación como criterios de imputación*, 2023, pp. 58-64, 151 nota 367. La obra citada defiende un modelo diferenciador a partir de un enfoque gramatical, centrándose en el rol que los conceptos que especifican las formas de intervención en un hecho punible tendrían que cumplir en la reconstrucción de la sintaxis de la imputación jurídico-penal. Si bien los conceptos de autoría y participación son eminentemente jurídicos, no se puede negar el anclaje que nuestras intuiciones sobre lo principal y lo auxiliar muestran tener en nuestras prácticas lingüísticas, argumento que justifica la distinción que realiza el autor entre acciones principales y auxiliares. GONZÁLEZ LILLO, *Autoría y participación como criterios de imputación*, 2023, p. 67.

²⁷ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 91.

²⁸ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 177.

²⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 178. Para este autor, la calificación de autores y partícipes se hace una vez afirmada la creación de riesgo típicamente desaprobada entre todos los intervinientes en el hecho, según la intensidad de la intervención. ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, pp. 2-5. «El injusto del interviniente será mayor cuanto más probabilidad y mayor grado de lesividad incorpore su aportación para afectar al bien jurídico y más intensa sea la lesión de deberes jurídicos especiales en relación con la situación típica, así como, en general, más intenso sea el grado de negación del ordenamiento jurídico». ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, p. 8.

participan, solo que unos con más intensidad que otros. Por lo tanto, el partícipe con su conducta interpone una razón para acceder al hecho típico; es decir, éste se le atribuye por hacer parte del proyecto antinormativo conjunto que niega la vigencia de la norma³⁰. Así las cosas, cuando el hecho se compone de los aportes de una pluralidad de intervinientes, solo mediante el inicio de la tentativa el riesgo pasa a ser típico para todos ellos³¹.

Una adecuada concepción del injusto de participación, en mi opinión, debe compatibilizar el principio de autorresponsabilidad con el principio de accesoriedad. Es claro que nadie puede ser hecho responsable del injusto de otro, pero el propio desvalor del hecho del partícipe solo puede captarse adecuadamente si se le contempla en su relación con el comportamiento de otros sujetos³². Por lo tanto, si en un Estado democrático de Derecho el derecho penal debe sancionar a una persona por su propio comportamiento y no por el ajeno, es claro que el partícipe realiza un hecho (el suyo propio), que será valorado como intervención en el injusto, pero, siguiendo el modelo unitario de participación –que concilia autorresponsabilidad con accesoriedad–, sólo responde a partir del comienzo de ejecución del hecho típico, porque si no hay delito, o por lo menos un hecho típico y antijurídico en el grado de tentativa, no puede haber complicidad o inducción. En todo caso, si los tipos prevén creaciones cualificadas de riesgo que constituyen el objeto de imputación, el hecho típico pasa a pertenecerle a aquellos que intervinieron en el estadio previo, una vez se ejecuta³³. Por consiguiente, con este sistema unitario de participación que hunde sus antecedentes en la obra de los penalistas hegelianos del siglo XIX, y que, en la doctrina alemana se plantea por JAKOBS, LESCH y FRISCH, todos los intervinientes son responsables por el injusto tipificado en la norma penal, porque en conjunto crean un riesgo jurídicamente desaprobado que se exterioriza en el quebrantamiento de la norma. Luego, no es que el injusto del partícipe se fundamente o pase a depender del injusto del autor, pues este enfoque tira por la borda el ya mencionado principio de autorresponsabilidad.

3. Perspectivas teóricas sobre las conductas neutrales

El debate doctrinal se ha caracterizado, no tanto por cuestionar críticamente las teorías acabadas de exponer sobre el fundamento del castigo de la participación, sino por defender propuestas subjetivas, objetivas y mixtas que tratan de fijar límites de distinción entre la complicidad y la atipicidad. Las primeras acuden al dolo para resolver el problema, ofreciendo soluciones distintas según la clase de dolo que concurra en el sujeto que presta la contribución. Las tesis objetivas, en el extremo opuesto, pretenden delimitar el límite mínimo de la participación delictiva en el tipo objetivo, mediante algunos criterios restrictivos ajenos al conocimiento, como la referencia de sentido delictiva, la solidaridad con el injusto ajeno o la prohibición de regreso, que suelen complementarse con otros subcriterios, como la cercanía temporal del aporte con el hecho, la ubicuidad de la prestación, la infracción de deberes de garante y la observancia del rol social. Las tesis mixtas no diferenciadoras en el plano subjetivo admiten la relevancia del conocimiento con otros criterios teleológicos o valorativos, mientras que las diferenciadoras en el plano subjetivo

³⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 180.

³¹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 160-161. El partícipe debe responder por su propia conducta defectuosa; responde porque su acción supone, junto a la acción del autor, una intromisión en una esfera de organización ajena. Así, el «hecho injusto» no es patrimonio exclusivo del autor en caso de pluralidad de intervinientes, ya que cada uno de los aportes conforma el hecho, siendo lo esencial el contenido de sentido delictivo que posee *ab initio* la conducta del primer actuante. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 166.

³² PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, p. 336.

³³ Y como es obvio, a los que intervienen durante el inicio de la tentativa.

consideran conveniente valorar, conjuntamente con la clase dolo que concurra en el partícipe, ciertos criterios normativos, como la teoría de la imputación objetiva, la adecuación social, el principio de confianza, el incremento del riesgo, la referencia de sentido delictivo y la infracción de la normativa sectorial o de cuidado para objetos peligrosos.

Conviene precisar que el problema de las conductas neutrales en el derecho penal merece un tratamiento en sede de tipicidad, ya que subsiste la opinión doctrinal sobre la posible solución en el marco de las causas de justificación, en particular en el ejercicio legítimo de un derecho³⁴. Calificar la conducta neutral como atípica o no, implica considerar su posible relevancia en un contexto general, no especial ni a favor de un interés preponderante, como ocurre en el contexto especial propio de una causa de justificación³⁵. Abordar de entrada la conducta neutral a la luz de una causa de justificación, presupone aceptar lógicamente la existencia de un injusto penal, lo cual es bastante discutible y poco evidente si se considera la doctrina mayoritaria que entiende que el núcleo del problema se encuentra en resolver si ese comportamiento crea o no un riesgo típicamente relevante de participación³⁶. La decisión a adoptar en el ámbito de la tipicidad es pertinente porque conforma el límite mínimo de la libertad general de actuación, al igual que el freno del poder punitivo estatal, por lo que, en virtud del principio de intervención mínima y el valor superior de la libertad, parece mejor efectuar una restricción en esta categoría dogmática y más beneficioso procesalmente, pues la atipicidad objetiva daría pie a la no iniciación o archivo de la investigación, mientras que sería innecesario esperar la resolución del caso en categorías posteriores, e incluso más gravoso, porque habría que comprobar en juicio si concurre o no la causa justificante³⁷.

3.1. Teorías subjetivas

Para la corriente subjetivista, el dolo es el criterio delimitador de la complicidad. Luego, si se tiene conocimiento de que con la propia conducta se favorece, asegura o facilita un delito ajeno, el partícipe es punible, pero no si actúa con dolo eventual³⁸. De hecho, la jurisprudencia alemana, valiéndose de la diferenciación entre la ayuda dolosa directa y la dolosa eventual, ha considerado la responsabilidad penal del partícipe solo en el primer caso³⁹. Por su parte, la jurisprudencia suiza ha admitido que en los casos de venta de un aparato de radio no apto para la concesión en Suiza, solo es admisible la complicidad dolosa según el artículo 25 del Código penal suizo si el vendedor, en el acto de la venta, sabe o por lo menos cuenta con que el comprador lo va a instalar,

³⁴ Esa postura doctrinal se ha planteado para abordar el cobro de los honorarios correspondientes a servicios profesionales prestados por los abogados, conociendo el origen delictivo de los bienes. El código penal español contempla la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 20. 7 CPE), mientras que el código penal colombiano contempla el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público (art. 32.5, CPC). ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, pp. 112-114.

³⁵ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1997, 7/41, p. 246.

³⁶ ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 115; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 56.

³⁷ LUZÓN PEÑA, *Derecho penal. Parte general*, 2016, pp. 530, 542; ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 119.

³⁸ ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 129.

³⁹ Por ejemplo, en la sentencia de 20 de septiembre de 1999 (núm. 5 StR 729/98), el Tribunal Supremo alemán afirmó que «si la actuación del autor principal persigue exclusivamente la realización de una acción punible, y ello es conocido por el que presta la ayuda, entonces la contribución al hecho ha de constituirse complicidad. En este caso el hecho pierde su carácter diario; constituye una solidarización con el autor y ya no se considera socialmente adecuada. Si, por el contrario, quien presta ayuda no sabe cómo va a utilizar el autor principal la contribución que se le suministra, pero considera como posible que su hecho sea utilizado para cometer un delito, su conducta no será normalmente calificada como complicidad». BLANCO CORDERO, *Límites a la participación criminal*, 2001, p. 32.

a poner en funcionamiento o a utilizar de modo ilícito en Suiza⁴⁰. Para MÜLLER, no existen en derecho penal conductas *per se* total y absolutamente neutrales, sino participaciones punibles o no punibles, cuestión que se delimita en el dolo. Según él, ninguna acción puede comprenderse penalmente si no se consideran la voluntad y la representación de quien la realiza, ya que el comportamiento recibe su sentido social a partir de la fijación del fin del autor, por lo que, quien colabora con dolo directo debe ser considerado partícipe, pero en caso de dolo eventual, ese conocimiento no seguro impide la imputación a título de participación⁴¹. En el mismo sentido, OTTO cree que solo el saber o el favorecimiento intencional del delito otorgan a la conducta un contenido de sentido delictivo, por lo que la sospecha del peligro de favorecimiento delictivo ajeno en escenarios laborales no es suficiente para fundar la complicidad, porque debe prevalecer el derecho a la libertad en el desempeño de la profesión⁴². Ahora bien, para la complicidad del particular es suficiente que éste reconozca el peligro de que se cometa un delito, en tanto que para los profesionales debe primar la libertad de ejercicio de la profesión; no obstante, si hay regulaciones que contengan deberes de cuidado en determinadas profesiones para prevenir el riesgo de comisión de delitos por terceros, su cumplimiento libera al sujeto en el caso de una mera representación del peligro de utilización delictiva, más no en los casos de un conocimiento seguro del delito⁴³.

Sin embargo, fundar la impunidad en el dolo eventual y la responsabilidad en el dolo directo, rompe la unidad en las consecuencias respecto a las formas de imputación dolosas: o existe dolo o no existe, y si lo hay, el efecto debe ser el mismo, independientemente de su carácter eventual o directo⁴⁴. Por otro lado, acudir sin más a lo subjetivo puede poner en riesgo el principio liberal *cogitationes poenam nemo patitur*⁴⁵, brocardo que recalca la necesidad de legitimar el poder penal más allá del ámbito privado de la persona, a aquellas arrogaciones de ámbitos de organización ajenos o configuraciones externas jurídicamente desaprobadas. Esto no significa marginar lo subjetivo, sino iniciar su abordaje cuando se constata una condición previa que legitime ese juicio de injusto, porque la pregunta por lo interno solo se justifica para interpretar aquellos fenómenos externos que resultan perturbadores⁴⁶.

3.2. Tesis objetivas

⁴⁰ ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 133.

⁴¹ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 85-86.

⁴² ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 142.

⁴³ ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, pp. 142-143.

⁴⁴ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 64-65.

⁴⁵ El paralelismo que se puede trazar entre esta moderna idea y el pensamiento de CARRARA es evidente. Para el maestro de Pisa, los derechos del hombre no se pueden ofender con actos internos, ni la ley penal puede castigar los meros pensamientos: «Los pensamientos no se pueden, sin cometer abuso, tener como delitos, no porque estén ocultos a la mirada del hombre, sino porque el hombre no tiene derecho de pedir cuentas a su semejante por un acto que no le puede acarrear perjuicio (...). Y cuando se dice que la ley penal no puede castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución». CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, parte generale*, 1867, § 28, pp. 42-43.

⁴⁶ JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*, en JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, 1997, p. 302. Así, «una conducta que solo llama la atención si se conoce el ámbito interno del autor nunca puede ser tratada legítimamente como delito, pues en otro caso sería únicamente lo interno el fundamento de la pena (...). Solo si y sólo en la medida en que sea reconocible *ex re* una arrogación actual, resulta legítimo preguntar al autor como llegó a esa conducta y qué fin perseguía con ella, esto es, como hay que interpretar, por tanto, su conducta a la luz de los factores internos». JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*, en JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, 1997, pp. 302-303.

Para este grupo de teorías, la restricción de la punibilidad de las denominadas acciones neutrales pasa por un primer filtro objetivo, por lo que ni el conocimiento ni la intención del partícipe sobre la posibilidad de que un tercero cometa un delito se consideran relevantes para una decisión que debe asumirse en el ámbito del tipo objetivo⁴⁷, o en función de las características externas del comportamiento según criterios normativos, como la prohibición de regreso, la solidarización con el injusto ajeno, la relación de sentido delictiva y el riesgo especial de continuación delictiva.

a. *La prohibición de regreso (Jakobs)*

Es importante precisar que la teoría de la prohibición de regreso (*Regressverbot*), antes de la propuesta de JAKOBS, tuvo unos contenidos particularmente distintos. La formulación inicial fue de FRANK, para quien si un curso causal no doloso era aprovechado por una acción dolosa para provocar el resultado, no era posible regresar o remontarse más atrás del actuar doloso para identificar las causas del suceso delictivo⁴⁸. Posteriormente, otros autores plantearon opiniones distintas basándose en el control libre del suceso o en el principio de autorresponsabilidad, como NAUCKE⁴⁹, OTTO⁵⁰, WELP⁵¹ y WEHRLE⁵².

Para JAKOBS, el injusto es una conducta cuyo significado es el quebrantamiento de una norma, el cual comprende el inicio de la realización del tipo penal hasta la ejecución y producción de resultados, si eventualmente se exigen. Lo relevante, es que una conducta en el estadio previo al inicio de la tentativa no es –salvo reglas especiales– contraria a la norma, pero una vez que se realiza el injusto, no puede distanciarse de este, precisamente porque antes lo ha puesto en marcha y, por lo tanto, le es imputable⁵³. El injusto llega a ser una obra de todos cuando el ejecutor realiza el tipo, lo que no es otra cosa que proseguir los actos de preparación de otros en el estadio previo a la ejecución. Para marginalizarse del injusto de otro, el interviniente debe

⁴⁷ Estas teorías, «ante la duda sobre la neutralidad de una aportación a un hecho delictivo ajeno reivindican el tipo objetivo como sede sistemática de la discusión: el dolo de favorecimiento no es lo verdaderamente relevante, sino que puede y debe decidirse previamente, en un plano objetivo, el sentido delictivo de la conducta sobre la que, en su caso, de forma posterior, deberá proyectarse también el tipo subjetivo». LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en los negocios*, 2002, p. 50.

⁴⁸ «Rige una prohibición de regreso en el sentido de que condiciones que se hallan más allá de determinada situación no pueden ser consideradas como causas: no son causa aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado». HRUSCHKA, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, 2005, p. 169.

⁴⁹ Para NAUCKE, respecto al primer sujeto, falta la posibilidad de dominio de la voluntad sobre el suceso, por lo que rige una prohibición de regreso. NAUCKE, «Sobre la prohibición de regreso en derecho penal», en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, 1998, p. 47.

⁵⁰ Para OTTO, la posibilidad de control o conducción de quien actúa originariamente acaba allí donde otra persona libre configura conscientemente el suceso conforme a sus propios planes. OTTO, «Diagnos causal e imputación del resultado en derecho penal», en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, 1998, p. 77.

⁵¹ Este autor fundamenta la figura con el principio de autorresponsabilidad así: «Toda influencia no dolosa de la libertad ajena ni es contraria a deber ni requiere de una permisión especial, sino que es bajo cualquier circunstancia socialmente adecuada». ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 87.

⁵² Ante la duda sobre si existe un deber de cuidado secundario de no cocausar un delito doloso, WEHRLE considera que en los delitos dolosos siempre existe una prohibición de regresar a anteriores conductas imprudentes. Así, «considera que el fundamento de la "prohibición de regreso" está en el mayor desvalor que representa la intervención dolosa en un delito doloso frente a la intervención imprudente en un delito doloso». ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 87.

⁵³ Una acción en el estadio previo no es un injusto, pero crea el fundamento para imputar el injusto en fase de ejecución, a quien actúa en la fase previa. JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 35.

paralizar su aportación –que haría posible una futura contradicción de la norma– y así evitar hacerse competente por la ejecución de un proyecto delictivo⁵⁴.

La intervención es una forma de división de trabajo en la que basta que el interviniente se involucre en la conducta de otro, o aporte algo que el ejecutor necesita, sin que deba mediar necesariamente un acuerdo previo o un conocimiento por parte del ejecutor del apoyo del interviniente⁵⁵. Pero esa forma de división es unitiva, porque el que aporta se vincula a una obra en común, mientras que en la división de trabajo separadora, cada uno es competente por su segmento de trabajo, y lo que haga el siguiente sujeto con su prestación, no le ata.

La concepción normativista de JAKOBS ha influido a otros. Para CARO JOHN⁵⁶, la prohibición de regreso permite entender por qué quien actúa correctamente en el marco de su rol estereotipado, tiene la garantía de no responder por el uso delictivo posterior que un tercero emprenda con su conducta, porque en este caso el actuar del primer sujeto es neutro, socialmente adecuado o afín al riesgo permitido. De este modo, rige una prohibición de regreso porque el carácter típico de la conducta de los intervinientes solo es imputable a la comunidad delictiva, «sin posibilidad alguna de regresar y alcanzar a quien está fuera de dicha comunidad, por haber obrado conforme a su rol estereotipado»⁵⁷. En ese sentido, los conocimientos especiales son irrelevantes, porque la relevancia penal de una acción no depende del sentido que le otorgue un autor a su propio hecho; además, «si todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada»⁵⁸.

GARCÍA CAVERO se aparta de esta visión sociológica de rol, pues en su opinión no existe el rol de médico, de abogado o de taxista, sino el rol general de ciudadano de cuidar que la propia actividad no afecte a terceros. Luego, en actividades objetivamente peligrosas (vgr., manejo de autos o maquinarias), los conocimientos especiales adquieren relevancia objetiva para el cumplimiento del deber negativo de cada persona, toda vez que «la asunción de la gestión de un riesgo implica necesariamente una obligación jurídica de evitar, con todos los conocimientos disponibles, que el riesgo se torne en lesivo»⁵⁹. La única excepción a esta relevancia, se configura cuando el Estado decide regular jurídicamente las incumbencias de conocimiento de las personas en la gestión de riesgos especiales, por lo que en este caso no se podría exigir conocimientos más allá de los que está obligado el sujeto por la normativa sectorial respectiva⁶⁰.

⁵⁴ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 37.

⁵⁵ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 46.

⁵⁶ CARO JOHN, «Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso», en CARO JOHN, *Normativismo e imputación jurídica penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, 2010, pp. 9 ss.; CARO JOHN, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten - Regressverbot*, 2007, pp. 130 ss.

⁵⁷ CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, 2014, p. 71.

⁵⁸ CARO JOHN, «Pérdida del significado neutro de una conducta y deber de solidaridad mínima», en CARO JOHN, *Normativismo e imputación jurídica penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, 2010, p. 199.

⁵⁹ «De otra forma, no se explicaría que el derecho permita a los particulares la administración de bienes o la realización de actividades peligrosas». GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, 2019, p. 444.

⁶⁰ Por ejemplo, «si la regulación administrativa de la actividad bancaria impone ciertas incumbencias de conocimiento a los funcionarios bancarios para impedir actos de lavado de activos, el conocimiento o sospecha de un funcionario más allá del estándar exigido por las normas administrativas, no podrá fundamentar una responsabilidad penal». GARCÍA CAVERO, *PG*, 2019, p. 445.

b. *La intervención delictiva como acción colectiva (Reyes)*

En materia de intervención, REYES ALVARADO recurre al concepto de acción colectiva para indicar que lo que realmente hace delictiva la conjunción de varias acciones individuales es la valoración de la actuación en conjunto⁶¹. Según la teoría de la imputación objetiva, esa acción colectiva debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado, juicio que debe hacerse mediante la valoración de cada uno de los aportes de los intervinientes en el hecho, pero no de forma aislada, sino como parte de la acción colectiva⁶². Por consiguiente, lo relevante es determinar cuándo un aporte individual se integra como parte de una acción colectiva creadora de un riesgo jurídicamente no permitido, cuestión en la que puede ser relevante la activación de los conocimientos especiales, siempre y cuando se tenga el deber de hacerlo⁶³. Para completar este juicio de imputación objetiva, es preciso que el riesgo creado con la acción colectiva se realice en el resultado (es decir, en la norma jurídico-penal infringida), lo cual implica determinar que la conducta de cada interviniente haya estado orientada a quebrantar la norma vulnerada por medio de la acción colectiva, por lo que es necesario constatar el dolo⁶⁴. Lo importante, en últimas, es que el aporte sea útil para el proyecto colectivo, es decir, que sea considerado parte de la realización conjunta del hecho en la fase ejecutiva⁶⁵.

c. *La relación de sentido delictiva (Frisch)*

FRISCH considera frente a los casos de creación desaprobada de riesgos al posibilitar la acción de un tercero que menoscaba bienes, que una conducta tiene sentido delictivo cuando su razón de ser se agota en posibilitar o facilitar el comportamiento delictivo de terceros. Por lo tanto, la conducta, según su sentido (*Sinngehalt*), se muestra exclusivamente dirigida a posibilitar el comportamiento antijurídico del tercero⁶⁶. Este sentido es fácil de constatar cuando existe una especial vinculación espacio temporal, como en las acciones que refuerzan ataques que están teniendo lugar o prosiguen el ataque delictivo, mientras que en la fase preparatoria habría que determinar la configuración del aporte, en el sentido de que, total o parcialmente, solamente puede explicarse delictivamente; es decir, su sentido consiste en posibilitar el delito ajeno⁶⁷. En este caso, el sentido delictivo depende de la configuración de la conducta, en la medida en que tienda a asegurar el delito, aconsejar técnicamente o distraer a la víctima. FRISCH reconoce que es legítimo admitir una conducta jurídicamente desaprobada si se presentan objetivamente

⁶¹ REYES ALVARADO, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 18.

⁶² REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, pp. 21-22.

⁶³ REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, pp. 22-23.

⁶⁴ REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, pp. 23-24.

⁶⁵ REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 29. Las consecuencias de este planteamiento son dos: por un lado, que desde el punto de vista de la imputación objetiva no habría una diferenciación cualitativa entre autores y partícipes, sino cuantitativa, la cual debe canalizarse en el marco de la medición de la pena; por otro lado, la accesoriadad cambia de referente, ya que la responsabilidad del partícipe no sería accesoria respecto de la del autor, sino que la responsabilidad de todos los intervinientes sería accesoria respecto de la acción colectiva.

⁶⁶ FRISCH, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*, 2015, p. 81. Según este autor, la referencia de sentido delictivo es un dato objetivo, que se da si la acción tiene sentido solo en su propiedad de posibilitar o facilitar el comportamiento delictivo ajeno, o al menos aparece como reacción a necesidades delictivamente definidas, satisfaciéndolas. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 305.

⁶⁷ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, pp. 309-311.

indicios concretos de que el tercero afectado por la acción que ha de prevenirse está resuelto a determinado comportamiento delictivo, o se va a decidir por él⁶⁸.

En los negocios normales de la vida cotidiana, para evitar una desconfianza paralizante de la vida social, la regla es que no existe sentido delictivo alguno, porque su punición no constituye un medio idóneo para proteger los bienes jurídicos, ya que el autor principal podría obtener las prestaciones en cualquier otro lugar, sin mucho esfuerzo⁶⁹. Esta regla general se exceptúa en ciertos casos. Por ejemplo, cuando una persona es garante de que no se produzcan menoscabos en bienes ajenos a través del comportamiento de terceros, debe garantizar la seguridad de su propio ámbito de organización (vgr., quien está autorizado a manejar un arma). Así mismo, crea un riesgo jurídicamente desaprobado quien entrega un objeto peligroso a alguien incapaz de decidir responsablemente (vgr., menores de edad, enfermos mentales, etc.)⁷⁰.

d. *La solidarización con el injusto ajeno (Schumann)*

Para SCHUMANN, la participación es punible porque representa una «solidarización» con el injusto ajeno principal, por lo que en las acciones neutrales no se manifiesta esta clase de solidaridad, la cual se puede concretar si la contribución se realiza en la fase de ejecución, ya que esa especial proximidad al hecho delictivo genera una «impresión social-psicológica de peligro»⁷¹. Además, es necesario que el favorecimiento se produzca en aspectos esenciales del injusto ajeno⁷². Similar criterio sigue FEIJÓO SÁNCHEZ, para quien es necesario que «el partícipe configure el mundo ya de una forma delictiva, que agote su sentido objetivo en favorecer un delito»⁷³.

e. *El riesgo especial de continuación delictiva (Robles Planas)*

Para ROBLES PLANAS, el partícipe debe crear con su conducta un riesgo especial de continuación delictiva, por lo que el análisis de la responsabilidad en la intervención plural de personas en el delito debe comenzar por lo que el primer sujeto configuró, para determinar si creó o no un riesgo no permitido⁷⁴. Previamente hay que partir de la distinción entre ámbitos de riesgo (los cuales involucran actividades peligrosas para bienes jurídicos) y ámbitos neutrales (en los cuales se desenvuelve la interacción social normal). En ámbitos de riesgo los conocimientos especiales no son relevantes si la administración ha definido el estándar o nivel de cuidado debido por medio de regulación jurídica o extrajurídica⁷⁵. Pero cuando una persona asume la gestión de un ámbito

⁶⁸ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 304.

⁶⁹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 287. Además, la autorresponsabilidad del tercero motivado a delinquir es una garantía general de la libertad de actuación. FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, p. 80.

⁷⁰ FRISCH, *La imputación objetiva del resultado*, 2015, pp. 80-81. Entonces, tanto la acción como la omisión que se refieren a la modificación de un ámbito de organización propio, solo pueden calificarse como conducta típica si constituyen una modificación que contravenga un deber de garante. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 283.

⁷¹ BLANCO CORDERO, *Límites a la participación criminal*, 2001, p. 58.

⁷² ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, pp. 177-178.

⁷³ FEIJÓO SÁNCHEZ, «Límites a la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?», en EL MISMO, *Imputación objetiva en derecho penal*, 2002, p. 389.

⁷⁴ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 165 ss.

⁷⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 212.

peligroso carente de regulación, podrá exigírsele que vierta en la administración de ese ámbito de organización todos los conocimientos y las capacidades que posea⁷⁶.

Si la persona se mueve en un ámbito de riesgo normativamente definido, el cumplimiento del estándar es suficiente para descartar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, por lo que crearía un riesgo no tolerado quien infringe los deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone –creando a su vez posiciones de garantía–, para evitar que ciertas aportaciones sean utilizadas por otros para cometer un delito. Si no existen deberes de garante, se debe constatar una conducta inequívoca de adaptación o ajuste al delito del tercero, para lo cual es importante tener en cuenta el contexto, en particular ciertos datos objetivos que sirven como punto de apoyo para interpretar el sentido de la acción, como la relación espacio-temporal con el hecho y la disponibilidad del bien⁷⁷. Así, según este último criterio, «entre más ubicuo sea el favorecimiento, más difícilmente podrá afirmarse la especificidad de la conducta del favorecedor del hecho»⁷⁸.

f. El principio de idoneidad (Greco)

Para GRECO, lo importante es justificar previamente la restricción de la punibilidad de las acciones neutrales desde el punto de vista político-criminal. En este sentido, usa el principio de idoneidad para descartar la prohibición de aquellas prestaciones que pueden ser fácilmente obtenidas por el autor principal, ya que la norma penal sería inidónea para proteger el bien jurídico; en este caso, no se crea un riesgo jurídicamente desaprobado. Por el contrario, la prohibición será idónea si mejora de forma relevante la situación del bien jurídico, dificultando su lesión, por lo que la contribución crea un riesgo no permitido si la no realización de la acción prohibida representara una mejora relevante en la situación del bien jurídico concreto⁷⁹.

g. Balance crítico

Frente a las tesis objetivas, considero que la realización del juicio de imputación objetiva no es incompatible con la evaluación del dato del conocimiento, el cual sería pertinente para evitar la distorsión del sentido de la realidad del comportamiento sobre el que se proyecta la valoración normativa⁸⁰. El conocimiento no reemplaza el juicio de imputación objetiva, pero permite tener noticia de la realidad conocida por el sujeto que debe ser objeto de valoración. Este argumento edifica la postura que se asumirá en este artículo (véase *infra* numeral 4). El conocimiento del sujeto que actúa permite acotar aquella realidad conocida que será objeto de valoración, pero conviene clarificar que ese factor subjetivo no sustituye el juicio de imputación objetiva, pero es condición necesaria para acceder a la realización del juicio de evaluación normativa. Por lo tanto, las consecuencias de este planteamiento saltan a la vista, porque: i) si una persona desconoce que con su conducta está creando un riesgo desaprobado en conjunto con un tercero, no podría serle imputado el resultado típico; ii) si sabe que con su actuar crea ese riesgo no permitido que se configura en la realidad, podría serle imputado el resultado típico; y iii) si sabe que su conducta sirve causalmente para que un tercero adopte un plan delictivo, pero lo actuado no cumple con

⁷⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 213.

⁷⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 298 ss.

⁷⁸ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 298 ss.

⁷⁹ GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales*, 2017, pp. 164-169.

⁸⁰ LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en los negocios*, 2002, p. 72.

las condiciones objetivas para imputarle el resultado, a pesar de ese saber, no estará creando un riesgo jurídicamente desaprobado.

Es importante resaltar la preocupación que se esconde detrás de algunas de las tesis objetivas: la necesidad de no comprometer excesivamente la libertad de acción. Afirmar la complicidad con base en el mero favorecimiento causal y el dolo, puede limitar en exceso la libertad de actuación de los ciudadanos y fomentar un derecho penal de la intención contrario a un derecho penal de acto. Basta con estos criterios para ahogar en exceso las libertades económicas y contractuales e instaurar una sociedad de la desconfianza, porque cualquiera podría verse amenazado por el poder punitivo del Estado, en tanto sepa que otro usará su propia conducta neutral (vgr., el pago de una obligación, el suministro de un bien, la prestación de un servicio o de una asesoría, etc.), para delinquir. Por lo tanto, las posturas que proponen el análisis del principio de idoneidad de la prohibición jurídico-penal de ayuda sitúan, en mi opinión, correctamente la discusión de las acciones neutrales desde el punto de vista político-criminal de la protección de bienes jurídicos, razón por la que insertan la perspectiva de la legitimidad de la intervención punitiva en una sociedad liberal de abundantes intercambios contractuales y económicos. Desde este enfoque, la teoría de la ubicuidad del aporte condiciona la valoración consecuencialista de la norma y la solución práctica de algunos de los casos más controvertidos.

Por lo demás, el criterio de la referencia de sentido delictivo ha sido criticado por su imprecisión. Sin embargo, creo que la figura enfatiza que no cualquier favorecimiento al injusto debe ser punible: solamente una acción que tenga como único sentido posibilitar el injusto ajeno, o que solamente pueda explicarse delictivamente, o cuyo significado dependa de la producción del curso lesivo posterior o que se adapta al plan delictivo, debe ser calificada como contribución al injusto. Este sentido autónomo puede interpretarse de forma verosímil en la vida social, sin considerar el hecho posterior delictivo o el que pudiera atribuirle el autor, por lo que si puede hallarse otra explicación lícita plausible de la acción que causalmente favorece el tipo, no puede imputársele al primer sujeto el injusto perpetuado por un tercero solo por la desviación unilateral de uno de los sentidos posibles hacia lo delictivo⁸¹. Aunque pueda que a veces sea difícil afirmar una «identificación objetiva inequívoca de la primera actuación»⁸², creo que es posible dotar de mayor contenido a este «sentido delictivo» a través de una serie de subcriterios materiales, como el desconocimiento de los deberes de garante, la adaptación al plan delictivo del autor o el inicio de la ejecución del hecho típico, el cual transfiere a cualquier aporte dado en ese momento un significado delictivo, si es que refuerza o intensifica el injusto ya en marcha.

3.3. Tesis mixtas

Lo que caracteriza a las tesis mixtas es la integración de lo subjetivo en el plano de la tipicidad objetiva⁸³. Es decir, para estas posturas el problema de las acciones neutrales debe resolverse en el tipo objetivo, pero los conocimientos especiales pueden influir en la valoración de la conducta. La gran cantidad de criterios doctrinales exige un método de clasificación que permita apreciar los aspectos comunes a cada una de ellas, por lo que se acogerá en esta instancia la pedagógica división propuesta por ROCA DE AGAPITO, quien agrupa las posiciones en tres grandes tendencias:

⁸¹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 287.

⁸² ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 287-288.

⁸³ Estas tesis aceptan los conocimientos especiales como bases del juicio de adecuación (peligrosidad) de la conducta del partícipe. Ubican el problema en sede de tipo objetivo, pero tienen en cuenta los conocimientos del partícipe, sin relegar su análisis al dolo. LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en los negocios*, 2002, p. 79.

i) aquellas que parten del criterio de la adecuación social; ii) las *teorías mixtas no diferenciadoras en el plano subjetivo*, las cuales admiten los conocimientos especiales con otros principios de signo teleológico (como el incremento del riesgo o la protección de bienes jurídicos) o valorativo (como el principio de confianza o el riesgo no permitido); y, por último, iii) las teorías mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo, las cuales parten de criterios objetivos (como el sentido delictivo) pero emplean criterios de imputación distintos dependiendo de la clase de dolo que concurra en el sujeto, es decir, en función del dolo directo o del dolo eventual⁸⁴.

a. *Propuestas basadas en la teoría de la adecuación social*

Para WELZEL, las acciones adecuadas al «orden histórico-social» predominante en una sociedad, no crean un injusto penal⁸⁵. Retoma este planteamiento RUEDA MARTÍN, para quien el sentido social de la acción lo determina el contenido de la voluntad. Luego, en el caso de las acciones neutrales, el aporte tiene una inequívoca «referencia de sentido delictivo», cuando sea de valor para el autor del injusto y el contribuyente lo sabe, por lo que, a pesar del riesgo o la causalidad, el aporte debe ser útil⁸⁶. HASSEMER emplea también el concepto welzeliano para predicar la teoría de la adecuación profesional, según la cual una acción en el ámbito profesional es punible a título de complicidad cuando infringe las reglas profesionales válidas y efectivas que lo regulan⁸⁷ (vgr., *lex artis*, códigos deontológicos, etc.) y se dirige a alcanzar fines criminales⁸⁸.

La adecuación profesional es muy discutible, porque supone darle al derecho penal un carácter accesorio si se reconoce la impunidad de aportes que, si bien son respetuosos de las reglas profesionales, pueden estar dispuestos a la medida de los planes delictivos del autor⁸⁹. Si las reglas de la profesión están pensadas de forma genérica, imaginando contextos neutrales en los

⁸⁴ ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, pp. 237-238.

⁸⁵ WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (58), 1939, pp. 514-515. Menciona WELZEL como ejemplos el tráfico moderno, ferroviario o aéreo, las lesiones corporales insignificantes, los negocios enmarcados dentro de una gestión ordenada, las privaciones de libertad irrelevantes, servir bebidas alcohólicas, la entrega habitual de regalos de escaso valor para año nuevo a los carteros, etc. Estas conductas se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social. Así, no hay acción típica de homicidio si el sobrino anima al tío a utilizar frecuentemente un medio de transporte, con la esperanza de que muera en un accidente, porque se trata de una conducta socialmente adecuada. No obstante, ya no estaríamos ante una conducta socialmente adecuada si el sobrino se aprovechara de un atentado planeado contra el tren, del cual tuviera noticia por casualidad. WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, 1980, pp. 84-85.

⁸⁶ ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 246. Esta autora recurre a la adecuación social como criterio valorativo de interpretación, que se basa en la utilidad social según una ponderación de intereses. No obstante, a continuación presenta como excepción el dato del conocimiento, el cual modifica el sentido social de la acción, haciendo que la contribución sea relevante penalmente. Esta desviación hacia lo subjetivo, la lleva a asumir la tesis de ROXIN sobre el juicio de valor del aporte del autor y el conocimiento del contribuyente, para afirmar la complicidad. RUEDA MARTÍN, «Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas», *Derecho Penal Contemporáneo*, (3), 2003, pp. 99 ss.

⁸⁷ Estas reglas, según HASSEMER, se entienden deseadas social y estatalmente y no son subrepticias, por lo que se presume que son acordes con las reglas del derecho penal: «La adecuación profesional describe actuaciones profesionales normales, neutrales, socialmente aceptadas y reguladas, las cuales no necesitan ser comparadas con los juicios penales, porque no neutralizan a las normas penales, sino que las completan, las tienen en cuenta, las concretan y se refieren a determinados campos de acción sin contradecirlas». BLANCO CORDERO, *Límites a la participación criminal*, 2001, p. 40.

⁸⁸ ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 251.

⁸⁹ ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 251. Para GRECO, esta teoría incurre en la falacia naturalista, porque si la acción es practicada por la generalidad de los miembros de una profesión reconocida por el derecho, ella no resulta típica. GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales*, 2017, p. 78.

cuales se inserta la actividad en cuestión, no siempre la conducta socialmente adecuada debe ser atípica, porque los reglamentos no se conciben en y para situaciones delictivas⁹⁰.

b. Teorías mixtas no diferenciadoras en el plano subjetivo

Como se indicó, otros autores valoran el conocimiento sobre la utilización delictiva del aporte del interviniente en el injusto, aplicando otros institutos de la teoría de la imputación objetiva, como el riesgo no permitido y el principio de confianza. Sin embargo, en otras propuestas la consideración del aspecto subjetivo se armoniza con algunos criterios teleológicos, como la protección de bienes jurídicos o el incremento del riesgo.

Propuestas a partir de la protección de bienes jurídicos

NIEDERMAIR parte de la tesis de ROXIN sobre la participación como ataque accesorio a bienes jurídicos, con miras a considerar que las acciones neutrales son punibles cuando producen un incremento del riesgo para un hecho delictivo, siendo esto también conocido por el sujeto. De esta forma entiende, desde la premisa básica de la teoría de la imputación objetiva –esto es, la realización de un riesgo no permitido concretado en la contribución al injusto ajeno– que el conocimiento de la finalidad delictiva convierte la aportación del autor en peligrosa⁹¹.

WEIGEND considera que, cuando una conducta favorece la comisión de un delito, y quien la realiza conoce o asume tal circunstancia, no se está ante una conducta neutral, sino frente a una lesión accesorio, objetiva y subjetiva de un bien jurídico⁹². Entonces, si el fundamento del castigo de la complicidad consiste en el favorecimiento doloso del hecho antijurídico de un tercero, el efecto favorecedor del aporte debe ser eficaz en el caso concreto, aunque este criterio de delimitación entre la impunidad y la complicidad determina solo una separación cuantitativa entre ambos extremos.

Propuestas ancladas en la creación desaprobada de riesgo del partícipe

Para PUPPE, el partícipe debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado a partir de la infracción de la norma de cuidado, por lo que la venta de objetos no prohibidos se encuentra permitida, en tanto que la comercialización de bienes prohibidos implica la superación del riesgo permitido⁹³. En todo caso, para esta autora es importante distinguir la fase preparatoria de la ejecutiva del delito del tercero, porque quien sabe de la inminencia de un delito, no puede auxiliar al autor,

⁹⁰ PÉREZ MANZANO, «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, 2009, pp. 173 ss.

⁹¹ Para NIEDERMAIR, la limitación legal de la libertad general de acción puede estar también justificada desde un punto de vista constitucional, porque las normas penales sobre la participación sirven a una protección eficaz de bienes jurídicos. Por lo tanto, el § 27 StGB lo único que prohíbe es el favorecimiento doloso de un hecho concreto de otro, por lo que, solo muy excepcionalmente, contribuciones comerciales o económicas estarían contempladas en ese precepto, bajo la condición de que se produzca el incremento del riesgo para un delito, y que esto sea conocido por el sujeto. ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, 2013, p. 260.

⁹² WEIGEND, «Los límites de la complicidad punible», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 2002, p. 207.

⁹³ Por ejemplo, «el comercio de armas de fuego y de sustancias tóxicas está regulado, entre otras cosas, también por el peligro de que se cometan delitos con ellos, aun cuando no exista una absoluta prohibición para ello». PUPPE, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, 2001, p. 134.

aun cuando su actuar pueda interpretarse como el ejercicio de un rol social⁹⁴. Sin embargo, si hay un gran espacio de tiempo entre la entrega del objeto y el hecho principal, la prohibición sería inidónea para salvar el bien jurídico si el objeto puede ser libremente obtenido.

LÓPEZ PEREGRÍN considera que si el fundamento del riesgo permitido es la utilidad social de ciertas conductas peligrosas, su utilización dolosa en el ámbito de lo tolerado no influye en su conformidad a derecho⁹⁵. No obstante, el paso de un acto cotidiano a uno de cooperación, implica rebasar ese nivel de riesgo permitido –el cual se mantiene si el aporte tiene para el cómplice una finalidad autónoma⁹⁶–, e intensificar, desde una perspectiva *ex ante*, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico del autor⁹⁷.

WOHLERS considera que la responsabilidad penal por el actuar vinculado de otras personas, se puede afirmar en tres grupos de casos: i) si la persona viola determinadas normas de cuidado que tienen el propósito de excluir un actuar vinculado delictivamente, su conducta se desarrolla por fuera del riesgo permitido⁹⁸; ii) si quien actúa, crea un riesgo para el bien jurídico puesto a su cuidado (es decir, tiene un deber de garante); y iii) cuando existe una actuación convergente con el autor principal. En este caso, la conducta del contribuyente se adapta al plan delictivo del autor y únicamente puede ser interpretada como una ayuda con fines delictivos, excluyéndose, en caso de que el aporte sea la provisión de un objeto, la posibilidad de un uso legal⁹⁹.

La contribución del interviniente, según BLANCO CORDERO, debe suponer un incremento del riesgo no permitido, situación que se configura cuando se infringe la normativa extrapenal respectiva, relacionada con el riesgo de comisión del delito; cuando no existe, se debe recurrir al criterio del «hombre medio», colocado en la misma situación que el sujeto, con todos los conocimientos generales y especiales que posea. Por consiguiente, mientras que la ausencia de conocimiento de la resolución delictiva ajena determina la irrelevancia típica de la contribución, en virtud del principio de confianza, la presencia del saber constituye un indicio que conduce a reconocer su relevancia¹⁰⁰. No obstante, no solo se debe tener en cuenta el conocimiento, ya que es preciso atender otros criterios, como la proximidad al hecho antijurídico del autor, la

⁹⁴ PUPPE, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, 2001, p. 135.

⁹⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 271. Por ejemplo, «la venta de ciertos insecticidas o venenos para animales (matarratas) puede considerarse, por ejemplo, de utilidad social. Combatir determinadas plagas en las cosechas o eliminar pequeños animales molestos constituyen actividades necesarias en sociedad». LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 271.

⁹⁶ «Las acciones que pueden ser calificadas desde el punto de vista del sujeto que realiza la aportación como actos cotidianos, con sentido en sí mismos, no podrán constituir complicidad en el delito cometido por quien la recibe, independientemente del grado de conocimiento que se tenga del plan delictivo». LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 273.

⁹⁷ LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 274.

⁹⁸ «Una responsabilidad jurídico-penal del vendedor resulta entonces cuando este infringe determinadas normas de cuidado que el legislador ha creado para contrarrestar eventuales peligros que pueden darse a través de la actuación de terceras personas en el campo previo al inicio de una tentativa, del que constituye un típico ejemplo el caso del vendedor de armas que entrega al cliente un arma que requiere de licencia, sin que éste posea la licencia correspondiente». WOHLERS, «Complicidad mediante acciones 'neutrales'. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (27-80), 2006, p. 142.

⁹⁹ WOHLERS, *RDPC*, (27-80), pp. 141-143.

¹⁰⁰ BLANCO CORDERO, *Límites a la participación criminal*, 2001, pp. 163 ss.

comunicación de informaciones verdaderas y el cumplimiento de las obligaciones civiles, entre otros¹⁰¹.

RANSIEK adopta la infracción del deber (*pflichtwidrigkeit*) como elemento general del injusto para resolver el problema de las conductas neutrales¹⁰², pero antepone, como condición determinante, el conocimiento de la utilidad del aporte al injusto ajeno; no obstante cree que para restringir el injusto de participación, se requiere una acción jurídicamente desaprobada¹⁰³. Responde como cómplice quien colabora, conociendo con certeza que el delito será cometido, bien sea por una información recibida o por las circunstancias externas que rodean el hecho, en tanto que la infracción del deber se excluye si no hay suficiente seguridad de la comisión del hecho¹⁰⁴. También se excluye la colaboración delictiva, si el aporte no atenta específicamente contra el bien jurídico que se lesiona con el delito, o es aprovechado por el autor con fines legales y delictivos al mismo tiempo, pues la complicidad se afirma si el autor destina exclusivamente la contribución para fines delictivos¹⁰⁵.

El principio de confianza

Otros autores recurren al principio de confianza para justificar la atipicidad de las acciones que favorecen el injusto ajeno, cuando se ejecutan con dolo eventual. Así, para STRATENWERTH, una conducta externamente ajustada a derecho no puede criminalizarse solo porque el que actúa conozca o prevea los planes delictivos de otro. La regla general es que, si nadie debe responder por la conducta descuidada de otros, rige en ese caso el principio de confianza, en el sentido de que no se comportarán de modo imprudente o doloso, por lo que una ayuda relevante tiene lugar cuando la acción, según las circunstancias del caso, únicamente tiene el sentido de contribuir al delito¹⁰⁶. Según GRECO, esta posición obligaría a considerar prohibidas todas las acciones de quienes advierten indicios del comportamiento ilícito de un tercero¹⁰⁷.

c. Teorías mixtas diferenciadoras en el plano subjetivo

Para estas teorías, la determinación de una conducta neutral depende de criterios objetivos y subjetivos. No obstante, se distinguen distintos criterios de imputación del hecho a título de complicidad, en función de la clase de dolo que concurra en el sujeto que actúa. El principal

¹⁰¹ BLANCO CORDERO, *Límites a la participación criminal*, 2001, pp. 150 ss.

¹⁰² Luego, «todos los tipos penales contienen un elemento en común que yo designo como infracción del deber. En las omisiones impropias y en los delitos imprudentes es claro que una contravención del deber es un requisito de la tipicidad. En los delitos dolosos de resultado, la infracción del deber se incorpora como un elemento de la imputación objetiva del resultado. Luego resulta convincente exigirlo igualmente como requisito de la penalidad de la participación: la infracción del deber se extiende pues como elemento de todos los tipos». RANSIEK, «Colaboración neutral en organizaciones formales», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003, p. 336.

¹⁰³ RANSIEK, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003, p. 335.

¹⁰⁴ RANSIEK, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003, p. 341.

¹⁰⁵ RANSIEK, *Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003, pp. 345-347. Por ejemplo, el empleado que ayuda a incrementar el volumen de ventas en una empresa, a pesar de que el empleador no cumplirá con el pago de los impuestos que afectan a las ventas, actúa sin infringir deber alguno, siempre y cuando la empresa quiera incrementar las ventas y no exclusivamente ganar utilidades mediante operaciones fiscales fraudulentas. Otro caso viable es el del préstamo de dinero a un futuro usurero, que será utilizado por el autor también para un objetivo no delictivo, como la construcción de una casa.

¹⁰⁶ STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4.^a ed., 2005, 12/161, pp. 429-430.

¹⁰⁷ GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales*, 2017, p. 53.

representante de esta corriente es ROXIN, quien es seguido, en sus posturas esenciales, por WOHLLEBEN¹⁰⁸, KUDLICH¹⁰⁹, AMELUNG¹¹⁰, LANDA GOROSTIZA¹¹¹ y RACKOW¹¹².

Para ROXIN, cuando el partícipe sabe del plan delictivo del autor, la contribución será punible si está dotada de sentido delictivo, es decir, si el sujeto conscientemente favorece una acción que como tal es de naturaleza delictiva¹¹³. De igual forma, el aporte presenta una referencia de sentido delictiva cuando la acción favorecida es legal, pero para el autor su utilidad se agota en facilitar la práctica de un delito, siendo esto conocido por el cooperador. Sin embargo, no habrá referencia de sentido delictiva si la acción favorecedora se refiere a una acción legal, que en sí misma es útil y con sentido para el autor, pero que es convertida por éste en presupuesto de una conducta delictiva independiente de ella, y basada en una resolución autónoma. En este supuesto, el empleo de la contribución parte de una decisión autónoma del autor principal en la comisión del delito¹¹⁴.

En franca oposición a las teorías objetivas de JAKOBS y SCHUMANN, para ROXIN no existen acciones neutrales *per se*, ya que el carácter de una acción lo determina la finalidad a la que sirve¹¹⁵. Llevar una escalera de mano es un hecho cotidiano, que se convierte en complicidad si su único sentido

¹⁰⁸ WOHLLEBEN, *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, 1997.

¹⁰⁹ KUDLICH, *Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004.

¹¹⁰ Según AMELUNG, si el § 27 StGB se aplica de manera abstracta, sería prácticamente imposible excluir la punibilidad de las acciones que acaben por favorecer al injusto, por lo que el tipo objetivo de la complicidad debe analizarse de acuerdo con el caso concreto. Hay dos grupos de conductas que deberían quedar impunes: las prestaciones de importancia existencial, que son aquellas necesarias para la vida de las personas, y las que, en el ámbito del derecho tributario, colaboran con el nacimiento de un «hecho imponible». Ahora bien, en general el riesgo permitido es una herramienta capaz de restringir el castigo de la complicidad a través de prestaciones comerciales, las cuales albergan el riesgo de ser utilizadas con fines delictivos, de tal forma que, inclusive, puede que el vendedor escrupuloso de un utensilio peligroso (vgr., un cuchillo) vislumbre, siendo realista, la posibilidad de que éste sea usado para matar o herir a alguien; en este orden de ideas, activar la prohibición de ayuda a título de dolo eventual, con semejante interpretación, conduciría a admitir que el vendedor no debería vender más cuchillos si desea librarse de la incidencia de la norma penal sobre complicidad. No obstante, si las ventajas de la venta libre de cuchillos superan a las desventajas del riesgo de abuso en su utilización, la asunción de riesgos generales de la vida social debe quedar por fuera del ámbito del dolo eventual. Por lo tanto, la mera posibilidad de un uso delictivo de los intercambios comerciales es un riesgo permitido que la sociedad asimila, porque estima más ventajosa la venta libre de cosas por encima de sus eventuales usos peligrosos. Por consiguiente, entendiendo que el objetivo de la norma que prevé la complicidad es impedir riesgos no permitidos, si quien actúa tiene concretos indicios (*konkreten Anhaltspunkt*) de favorecer un delito –situación que para ROXIN se traduce en una «reconocible inclinación al hecho»–, traspasa el límite del riesgo permitido y su conducta puede ser abarcada por el § 27 StGB que establece la complicidad; por el contrario, quien apenas contempla un riesgo general en un negocio comercial, queda por fuera de la complicidad. AMELUNG, «Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands», en VV.AA, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, pp. 21-29.

¹¹¹ LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en los negocios*, 2002, pp. 125 ss.

¹¹² RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem der Strafrechts*, 2007, pp. 501 ss.

¹¹³ ROXIN aclara que el favorecimiento o influjo para la comisión del delito es una condición necesaria, aunque no suficiente, para la configuración de la complicidad, porque, desde los principios de la imputación objetiva, una contribución causal al hecho solo constituye una complicidad cuando ha elevado el riesgo para la víctima, y con ello la posibilidad de éxito para el autor, por lo que solo de esta manera se emprende un ataque independiente al bien jurídico. ROXIN, «¿Qué es la complicidad?», en ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, 2007, p. 550.

¹¹⁴ ROXIN, *PG*, 2014, 26/221-224, pp. 292-293.

¹¹⁵ En el mismo sentido se manifiesta AMBOS, para quien las definiciones abstractas normalmente abarcan demasiado poco, pues no hay acciones cotidianas *per se*. Puede que una acción neutral se convierta en delictiva por la atribución de un fin estrictamente delictivo. Por eso, «el significado específico solo puede, por lo tanto, determinarse de manera concreta (in casu), no siendo posible al respecto una determinación de validez general». AMBOS, «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 2001, pp. 204-205.

consiste en apoyar al ladrón que va a entrar ilegalmente a un edificio. Niega entonces que un concepto como «acción neutra o cotidiana», pueda servir para deslindar la complicidad punible de la acción permitida; en cambio, la permisón de la acción se puede verificar ante la ausencia de una referencia de sentido delictiva¹¹⁶.

Por el contrario, si el sujeto apenas cuenta con la posibilidad de una conducta delictiva del autor, opera el principio de confianza, según el cual cualquiera puede lícitamente confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, siempre y cuando no exista una «reconocible inclinación al hecho» en el otro, que permita descartar esa suposición. Pero esta notable inclinación debe fundarse en puntos de apoyo concretos que permitan pensar lógicamente en la probabilidad de una finalidad delictiva, porque puede ser cómplice a título dolo eventual el empleado que percibe que las armas que vende serán empleadas en una riña callejera que tiene lugar justo al frente de la tienda, y cuenta con que las mismas serán empleadas para causar lesiones¹¹⁷.

Esta expresión de la reconocible inclinación al hecho no ha estado exenta de críticas, porque abre la posibilidad de amplios juicios discrecionales y valorativos, que pueden ser incontrolables si no se concreta en mayor medida el criterio¹¹⁸. ROXIN aclara que ni el «aspecto sospechoso» basado en impresiones subjetivas, ni los temores genéricos son suficientes, sino más bien, puntos de apoyo concretos que hagan lógico pensar en la probabilidad de un uso delictivo¹¹⁹. Sin embargo, este argumento podría conducir a una restricción excesiva de la libertad mediante la ampliación de la punibilidad, si cualquiera advierte en el otro un indicio de inclinación delictiva, aun cuando su contribución no implique formar parte del injusto del autor, como cuando éste vincula, de forma arbitraria, el aporte de alguien a una finalidad permitida y útil.

Tal criterio remite, en realidad, a supuestos en los que el conocimiento no puede ser tan inseguro; ahora bien, se puede admitir que si es reconocible intersubjetivamente, estaremos en realidad ante un conocimiento relativamente seguro¹²⁰, que se aproximaría más al dolo directo que al dolo eventual¹²¹. De hecho, todo cómplice que obra dolosamente (directo o eventual), reconoce la inclinación al hecho del autor y, por lo tanto, la referencia de sentido delictiva, luego la distinción de criterios de imputación según las clases de dolo pierde sentido¹²². Además, ROXIN excluye la complicidad dolosa eventual invocando el principio de confianza¹²³, lo que en mi opinión es contradictorio, porque los indicios concretos de una «reconocible propensión al hecho» –criterio

¹¹⁶ ROXIN, PG, 2014, 26/231, p. 295.

¹¹⁷ ROXIN, PG, 2014, 26/241, p. 300.

¹¹⁸ Para FEIJÓO SÁNCHEZ, este criterio es tan amplio y flexible, que no sirve para limitar razonablemente el alcance de las modalidades de participación, ni ofrece seguridad jurídica. FEIJÓO SÁNCHEZ, «Límites a la participación criminal. ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?», en EL MISMO, *Imputación objetiva en derecho penal*, 2002, p. 374.

¹¹⁹ En el mismo sentido, AMELUNG, Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands, in VV.AA, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, pp. 24-25.

¹²⁰ LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en los negocios*, 2002, p. 109.

¹²¹ «Insistimos en que el criterio de la reconocible inclinación apunta a una configuración fáctica reconocible intersubjetivamente en que –y ahí se produce nuestro matiz crítico– el conocimiento está a punto de dejar ser eventual para aproximarse más bien a supuestos de dolo directo. Si es reconocible que el sujeto se orienta a la comisión de un determinado delito la frontera con comportamientos en que se conoce con (casi total) seguridad que el autor principal va a delinquir o ya lo está haciendo se convierte en fluida». LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en los negocios*, 2002, p. 109.

¹²² ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 283.

¹²³ ROXIN, «¿Qué es la complicidad?», en EL MISMO, *La teoría del delito en la discusión actual*, 2007, p. 561.

que exceptúa la procedencia del principio de confianza¹²⁴– podrían fundar plausiblemente ese dolo eventual¹²⁵. En todo caso, esa reconocible propensión al hecho descarta la complicidad cuando el sujeto que realiza el aporte se plantea solo la posibilidad genérica de su uso delictivo, sin indicios que la justifiquen. En una sociedad globalizada de contactos anónimos, cualquier prestación comercial alberga el riesgo de utilización con fines delictivos. Pero ese «riesgo general de los negocios comerciales», como cree AMELUNG, es un riesgo permitido, en la medida en que se tolera socialmente para acoger los beneficios de la libertad y el tráfico económico en la sociedad moderna¹²⁶.

Entonces, en definitiva, o hay indicios de una reconocible inclinación al hecho principal para inferir el dolo –directo o eventual, asumiendo la dificultad de diferenciarlos con el criterio de ROXIN–, lo cual desvirtuaría el principio de confianza, o no los hay, por lo que, naturalmente, no podría haber complicidad dolosa. Pero el mismo ROXIN exceptúa la aplicación de este criterio, en el caso –resuelto por JAKOBS a través de su propia versión de la prohibición de regreso–, de alguien que, de forma arbitraria, se sirve del actuar de otro como ocasión para cometer un delito. Por ejemplo, si A le exige a B 100.000 DM, o el abandono de su carrera profesional, y le hace saber que, en caso de no cumplir con dicha exigencia, cometerá un asesinato, el amenazado en cuestión no puede estar obligado, bajo pena, a cumplirla, porque de lo contrario, ello sería la capitulación del ordenamiento jurídico, favoreciéndose a quienes coaccionan o extorsionan¹²⁷.

A mi modo de ver, estas teorías diferenciadoras o no en el plano subjetivo aciertan al recalcar la importancia del conocimiento del hecho principal para imputar la intervención delictiva. En aras de un purismo sistemático en la teoría del delito, que separa lo objetivo y lo subjetivo y los mantiene incomunicados, el riesgo consiste en distorsionar la realidad del comportamiento a valorar. Así, el dato del conocimiento sobre la resolución delictiva ajena puede informar sobre el objeto del juicio de peligrosidad, con miras a determinar la conducta típica de intervención en el injusto; en otras palabras, el dato subjetivo es el filtro que delimita el objeto a valorar a partir de criterios normativos, como la teoría de la imputación objetiva y la referencia de sentido delictivo. Sin embargo, aparte de las críticas ya mencionadas, cuando algunos autores fijan como baremo de responsabilidad la concurrencia de una u otra modalidad de dolo, desconocen abiertamente el hecho de que el régimen penal de la mayoría de las legislaciones que se basan en la dogmática de la teoría del delito para construir su parte general, como la alemana, la española, la peruana y la colombiana, por citar algunas, no hacen tal diferencia. Y no la hacen, por la sencilla razón de que el dolo tiene idénticas consecuencias punitivas, independientemente de su naturaleza. Además, se le daría relevancia a elementos que no son necesarios en el dolo, como los deseos, los propósitos o las valoraciones morales del sujeto¹²⁸.

¹²⁴ ROXIN, *PG*, t. I, 1997, p. 1004.

¹²⁵ Lo correcto, tal como parece reconocer el mismo ROXIN, es que, si se configura esa propensión delictiva a partir de indicios concretos, se desvirtúa el principio de confianza, configurándose así la complicidad dolosa eventual.

¹²⁶ AMELUNG, «Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands», en VV.AA, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, 1999, pp. 22-29.

¹²⁷ ROXIN, «Observaciones sobre la prohibición de regreso», en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, 1998, p. 330.

¹²⁸ Si el autor meramente desea que un suceso típico pudiera acontecer a consecuencia de su comportamiento, no actúa con dolo aun si él mismo considera erróneamente su deseo como doloso. KINDHÄUSER, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret*, (4), 2008, p. 5.

4. El conocimiento de la aptitud lesiva del injusto y el «sentido único de integración»

Para valorar como injusto la intervención de una persona en el delito, es necesario atender a lo que ésta efectivamente hizo y sabía, porque según el principio político-criminal de culpabilidad la responsabilidad subjetiva es una exigencia perentoria y universal, que no puede sustraerse de lo que el agente conoce, decide y puede controlar¹²⁹. Por lo demás, la postura didáctica que se ha infiltrado en el análisis dogmático, consistente en la incomunicabilidad de lo objetivo (o de lo que está fuera de la mente) y lo subjetivo a partir del esquema tradicional de la tipicidad (es decir, del tipo objetivo y tipo subjetivo), puede llevar a pensar, erróneamente, que el conocimiento del autor o del partícipe no es relevante para el juicio de desaprobación jurídica de la conducta, siéndolo exclusivamente para el análisis de la imputación subjetiva. Resulta coherente, en ese sentido, la doctrina kantiana de la imputación¹³⁰, para la cual aquello que no se pueda controlar o saber en relación con el hecho, no se le puede atribuir a la persona con el objeto de formularle los juicios de injusto y de demérito (o de culpabilidad por el injusto). Cuando ciertos partidarios de la teoría de la imputación objetiva admiten la necesidad de incorporar los conocimientos especiales del sujeto, reconocen que el juicio de valoración sobre el injusto no puede hacerse solo a partir de un estándar general (o socialmente esperado), ni al margen del conocimiento de quien actúa, precisamente porque, como advierte FRISCH, el conocimiento de quien actúa marca el objeto de la valoración normativa a partir del cual se enjuicia si la persona infringió o no la norma¹³¹. Como señala SACHER, la inclusión de los conocimientos en el tipo objetivo presupone la adopción de la conducta externa como objeto de valoración, precisamente porque ella coincide con lo que sabe el autor. Así las cosas, en definitiva, «las circunstancias que se consideran para efectuar la valoración normativa son aquellas que se ha representado el autor, y sobre esas circunstancias se hace recaer un juicio de valoración que sí es objetivo»¹³².

Ahora bien, la relevancia de lo subjetivo defendida aquí, no significa que el conocimiento sea una condición suficiente para la existencia del injusto de intervención. Se trata apenas de una condición necesaria, porque es pertinente acreditar, además, el límite mínimo de la intervención mediante un elemento objetivo que vaya más allá de la representación que hubiere tenido el interviniente; es decir, una configuración de la realidad enjuiciada en términos valorativos. En otras palabras, se requiere que la conducta presente un sentido inequívocamente delictivo de ajuste o integración.

Quien favorece el delito de otro debe «hacerse parte» del proyecto antinormativo común, o integrarse en él, a través de un aporte o contribución que satisfaga las necesidades del ejecutor para el éxito del injusto. El conocimiento, en sí mismo, no puede configurar el injusto, puesto

¹²⁹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas*, 2011, p. 323.

¹³⁰ La cual admite la necesidad de constatar el conocimiento y el control del suceso por parte del sujeto, antes de proceder a la valoración del hecho, conforme o no al deber, cuestión que, en la teoría del delito actual, se encomienda a la teoría de la imputación objetiva. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, 2008, pp. 503 ss.

¹³¹ «Lo subjetivo o individual en sí mismo no pasa a formar parte del juicio de peligro. Forman parte del juicio de peligro circunstancias inequívocamente objetivas, solo que cumplen con un criterio adicional: el de ser conocidas por el autor o que fueran por él experimentadas. Con otras palabras, lo subjetivo o individual no es en sí mismo parte de la base del juicio, sino solo criterio de selección para incluir los segmentos de la realidad (añadidos) en la base del juicio». FRISCH, «Delito y sistema del delito», en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, 2004, p. 248.

¹³² SACHER DE KÖSTER, *Evolución del tipo subjetivo*, 1998, p. 109.

que se sancionaría al interviniente por el mero saber, circunstancia que no hace que el delito sea suyo. Lo definitivo es aquello que se hace sabiendo, pero sobre todo, la interpretación social del suceso a través de la cual se identifica el único sentido social posible de la acción de intervención, partiendo de lo que el sujeto sabía y de las condiciones en las que se encontraba¹³³.

Desde la perspectiva unitaria normativista, lo importante es concebir el delito como una obra común en la que el interviniente llega a ser parte, de tal suerte que concurre una intervención cuando la persona que ayuda al ejecutor en el estadio previo a la ejecución se hace igualmente competente por el hurto, el homicidio o las lesiones personales¹³⁴. El injusto, entendido como realización del tipo penal o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el quebrantamiento de la norma, puede ser producto de un actuar individual o de un obrar en conjunto. En éste supuesto de «acción colectiva»¹³⁵ o «actuar conjunto»¹³⁶, la preparación que realiza el interviniente (vgr., entregar el arma, cargar el revólver, dar información sobre la víctima, transportar a los delincuentes, vender gramos de nitrato de amonio a una banda terrorista, etc.) es apenas un injusto suspensivamente condicionado, porque se encuentra condicionado por el perfeccionamiento de la arrogación de la organización¹³⁷, de tal manera que, quien interviene en el estadio previo, sólo se hace competente del injusto cuando éste es ejecutado por mano ajena (es decir, por el ejecutor); si esto ocurre, el interviniente que, a sabiendas, ha puesto en marcha la futura realización del tipo, no puede ya distanciarse de éste último¹³⁸. Aclara JAKOBS que el interviniente debe conocer toda la secuencia que conduce a la realización del tipo con su propia prestación, es decir, su propia contribución y la futura ejecución por mano ajena, que pasa a ser suya también cuando el ejecutor hace uso de la ayuda; en otras palabras, «la ejecución, en cuanto ejecución del interviniente, exige su lado subjetivo completo»¹³⁹, pues sin el dolo, el tipo no sería obra del interviniente:

Si al interviniente le falta el dolo de consumir, lo cual significa que ni siquiera tiene dolo, no infringe incumbencia alguna, pues la ejecución venidera es ciertamente ejecución para el ejecutor, pero para el interviniente en el estadio previo es únicamente la tentativa *ajena* de una ejecución: una empresa condenada al fracaso no puede ser llevada adelante¹⁴⁰.

¹³³ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 144-147.

¹³⁴ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 19. El que interviene induce, esparce ideas, consigue medios adecuados para el hecho, elimina obstáculos, recluta a otros que ayudan, etc. JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 48.

¹³⁵ REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 21.

¹³⁶ JAKOBS, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho penal y sociedad*, 2010, p. 26.

¹³⁷ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 29. La intervención en el estadio previo es la razón por la cual la ejecución llevada a cabo por otra persona también será imputable al interviniente como un hecho propio. La ejecución, por lo tanto, también es ejecución propia del partícipe. JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, pp. 747-749.

¹³⁸ Es decir, el interviniente debe saber que su conducta prepara el futuro injusto. En términos de JAKOBS, esta imputación del injusto del interviniente no es extraordinaria, «dado que, en la creación del fundamento de la imputación (en la infracción de la incumbencia) no puede existir ningún defecto de imputación, es decir, la parte subjetiva debe concurrir de forma completa, si bien referida precisamente a la infracción de un "deber frente a sí mismo". Quien desconozca esta ejecución por mano ajena pasa por alto la fundamentación social de la intervención (¿división del trabajo!).» JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 36.

¹³⁹ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 40. En cambio, no es necesario que el ejecutor del hecho conozca el apoyo que se le brinda, ni siquiera la existencia de un acuerdo o pacto. «Si la conducta significa que se posibilita una contradicción de la norma, ello basta para imputar la ejecución». JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 46-47. En el mismo sentido, KINDHÄUSER, «Complicidad y actuar profesional», *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, (86-3), 2020, p. 112.

¹⁴⁰ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 39-40.

El aporte individual debe ser entendido como una contribución útil al injusto, por lo que no debe ser valorado aisladamente, sino como parte de un contexto delictivo más amplio¹⁴¹. Socialmente, hay varias actividades que pueden apreciarse como jurídicamente permitidas (vgr., brindar una asesoría legal, vender un químico o una herramienta, etc.), pero, una vez puestas en relación con el injusto de otro u otros que lo configuran, la valoración puede ser distinta, en tanto se entienda que esas acciones i) se acomodan a un plan delictivo¹⁴², ii) se realizan en un contexto en el que el delito mismo define el entorno o iii) toman parte en la ejecución de una ulterior conducta delictiva¹⁴³. Vista de forma aislada, la venta de nitrato de amonio es una actividad permitida, pero si se valora como el aporte a quien mezcla en las proporciones correctas ese y otros químicos para elaborar un explosivo que será utilizado en un atentado terrorista, la valoración de ese comportamiento cambiará radicalmente: se evaluará como parte útil de un obrar conjunto que crea un riesgo jurídicamente desaprobado¹⁴⁴.

Por otro lado, JAKOBS considera que las prestaciones usuales de la vida diaria no implican una comunidad delictiva, dado el sentido objetivo del contacto social¹⁴⁵. Sin embargo, se trata de un criterio que demanda todavía un contenido más claro y preciso. Es claro que en las reglas de imputación mencionadas por el autor alemán, la conducta del interviniente tiene un sentido inequívocamente delictivo, porque su razón de ser se agota en adaptarse al injusto común y ser parte de él. No obstante, la razón de la impunidad de los intercambios de la vida diaria requiere una mayor fundamentación, a pesar de que el argumento kantiano sobre «la competencia solo por el segmento propio de cada uno» es relevante, porque de lo contrario, se entorpecería la libertad en la interacción social¹⁴⁶. Por lo demás, si un contexto inequívocamente delictivo conocido por el sujeto que interviene puede variar ese sentido social inocuo, como JAKOBS lo reconoce en los casos del vendedor de artículos de jardinería o de cuchillos¹⁴⁷, que al fin y al cabo desarrollan prestaciones usuales de la vida diaria, es evidente que la evaluación de estos «casos límite» mediante el instituto de la prohibición de regreso, debe orientarse a la valoración de las circunstancias que rodean la prestación en particular. De hecho, si este contexto es caótico porque el tipo penal ya define el entorno, desaparecen las expectativas de un reparto de trabajo no vinculante, en el que cada uno desarrolla un determinado rol y los demás el suyo propio¹⁴⁸.

¹⁴¹ «Vista aisladamente, la aportación del cómplice no tiene normalmente relación directa con el injusto de resultado específico del hecho». KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 110. Insisten en la valoración del contexto para determinar adecuadamente esa referencia de sentido delictiva en el caso concreto, FRISCH, «Complicidad mediante acciones neutras -Reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad-», en EL MISMO, *Estudios de imputación objetiva*, 2012, p. 103; WOHLERS, *RDPC*, (27-89), 2006, p. 142; JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 2011, p. 92; EL MISMO, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, p. 755; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento en imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 142; BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, p. 175.

¹⁴² «Quien orienta su conducta especialmente al aspecto delictivo de la planificación de otro (...) no puede ser distanciado de dicha planificación», como en los casos normales de inducción y complicidad. JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 61-62.

¹⁴³ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 60-62; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 304-306; REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 21.

¹⁴⁴ REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 21.

¹⁴⁵ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 2011, p. 85.

¹⁴⁶ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 54, 60.

¹⁴⁷ JAKOBS, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho penal y sociedad*, 2010, pp. 20-21; EL MISMO, «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en EL MISMO, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, 2001, p. 77.

¹⁴⁸ JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en EL MISMO, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, 2001, p. 77. Por lo tanto, dice JAKOBS que «aquello que determina el sentido de un comportamiento no solo depende de la

Entonces, esta alusión al contexto¹⁴⁹, ofrece una pista fundamental para determinar cuándo una prestación, en principio inocua, puede tener un inequívoco sentido delictivo, puesto que lo que debe valorarse es el contexto específico de actuación del primer interviniente, en el que juegan un papel importante criterios como la cercanía con la ejecución típica, la infracción de deberes especiales de garantía y la adaptación específica de la acción del interviniente al potencial injusto, que serán desarrollados a continuación. Por lo pronto, es claro que el interviniente debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado ante la infracción de su incumbencia de distanciarse del curso delictivo. Sin embargo, no crea un riesgo desaprobado si desconoce la potencialidad lesiva del proyecto de injusto para bienes jurídicos concretos¹⁵⁰, o cuando su conducta, siempre en relación con el contexto social, puede contar con otra explicación alternativa plausible, o interpretarse socialmente como una conducta permitida que se enmarca aún dentro de la libertad general de actuación, a pesar de que un tercero, arbitrariamente, la tome como base para una comunidad delictiva, y a pesar de que el primer sujeto prevea eventualmente este uso delictivo.

Desde este punto de vista, es comprensible la pretensión de algunos autores de tratar de delimitar el límite mínimo de la intervención delictiva (como JAKOBS, REYES ALVARADO y ROBLES PLANAS) o de la participación (ROXIN, RANSIEK y MIRÓ LLINARES) mediante las teorías de la «referencia delictiva de sentido», del «sentido único de integración en el injusto» o del «riesgo especial de continuación delictiva». Salvando algunos matices diferenciales¹⁵¹, lo que pervive explícitamente en esa tradición dogmática del sentido delictivo (*deliktischer Sinnbezug*), es una tesis restrictiva sobre la intervención en el delito, en la que su punibilidad no puede abarcar cualquier tipo de ayuda, sino solo aquella que, desde una perspectiva social, se agota en hacer posible el delito del

configuración del comportamiento, sino del contexto en el que éste se enmarca. Especialmente, puede que un contexto drásticamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí es estereotipado-socialmente adecuado», JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 2011, p. 92; EL MISMO, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, p. 755. En su obra sobre intervención delictiva, reitera JAKOBS que «la prestación pierde su neutralidad y se convierte en delictiva cuando el delito ya define el entorno», JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 60.

¹⁴⁹ Para algunos autores, contradictoria en el pensamiento de JAKOBS, ya que no resulta coherente afirmar, por un lado, la irrelevancia de los conocimientos especiales de aquel que realiza la aportación, cuando se reconoce que el sentido de un comportamiento puede estar determinado por el contexto en el que se enmarca. «O ¿acaso es diferente que el "eventual partícipe" se entere de las intenciones del autor porque éste se lo diga o porque se desprenda del contexto, como cuando entra herido y jadeando a solicitar una pala?». PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, 2008, p. 431. RUEDA MARTÍN también cree que es discutible que la estandarización del comportamiento ofrezca las pautas necesarias para interpretar de modo generalmente válido un comportamiento, y ello porque en el momento en que el vendedor de palas tiene conocimiento de que el cliente va a utilizar una para intervenir en la pelea que se está desarrollando en la puerta del establecimiento, su conducta se inserta en un contexto delictivo previo que conoce. Entonces, «lo que modifica la valoración es precisamente el conocimiento, un dato subjetivo que está al margen de cualquier estandarización del comportamiento desde el punto de vista de la ejecución del rol, de modo que es el dolo el principal elemento que atribuye un sentido social a la acción». RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2002, p. 322. Para MIRÓ LLINARES, de esta excepción en contextos caóticos resulta que «lo que es evidente es que el conocimiento del partícipe, en términos de absoluta seguridad, de que su organización iba a suponer la realización conjunta con el autor del proyecto delictivo de este, aun comportándose dentro en los márgenes del rol definido objetivamente, también parece suponer para JAKOBS la modificación del rol y hace surgir la obligación de no comportarse de ese modo». MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 81.

¹⁵⁰ Es evidente que «si al tipo objetivo le falta el correlato subjetivo, no es cualitativamente injusto». JAKOBS, *PG*, 1997, 7/2, p. 234.

¹⁵¹ Precisamente, porque para algunos autores la referencia de sentido delictivo debe entenderse más bien en un sentido objetivo-personal. Es decir, que el aporte debe tener como único sentido, para el autor, la colaboración en su delito, siendo esto conocido por el contribuyente. ROXIN, *PG*, 2014, 26/221-223, pp. 292-293. Para LÓPEZ PEREGRÍN, la finalidad autónoma de la aportación se valora desde la perspectiva del presunto cómplice, no desde la del autor. LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 1997, p. 273.

autor¹⁵². Desde la perspectiva unitaria normativista, la accesoriedad no se refiere al injusto de un autor principal con dominio del hecho, sino a una acción colectiva en la que los intervinientes y ejecutores resultan competentes por la ejecución del tipo penal. Es decir, la accesoriedad no es un elemento exclusivo de la participación que delimita cualitativamente esta figura respecto a la coautoría, como lo sostiene la doctrina tradicional¹⁵³. Por consiguiente, si la conducta solamente puede interpretarse, desde una perspectiva social o intersubjetiva como una integración en el injusto¹⁵⁴, entonces será típicamente relevante, y deberá adecuarse como acto de complicidad o de coautoría, dependiendo de la valoración del peso de los aportes en el injusto común.

El conocimiento que tenga el interviniente en el estadio previo del significado de su aporte para el injusto que se proyecta, es indispensable para valorar su conducta como injusto o no, pues delimita la realidad conocida como objeto a valorar. Si el interviniente se integra en el injusto, que será tal en el comienzo de la ejecución del tipo, debe ser consciente de los elementos que fundamentan dicha integración para considerar su acto como injusto, porque quien de forma inevitable se representa erróneamente las circunstancias sobre las que actúa, no crea un riesgo jurídicamente desaprobado y actúa en su ámbito de libertad permitido¹⁵⁵. Desde la doctrina kantiana de la imputación, ese actuar no sería libre, y no le podría ser atribuido al sujeto como su obra¹⁵⁶. De hecho, es el contexto de injusto el que determina finalmente el significado de la conducta del interviniente, porque si conociendo la potencialidad lesiva del hecho decide intervenir, acomodándose al plan delictivo¹⁵⁷, su conducta solo podría explicarse delictivamente como una integración en el injusto. Por esta razón, es indispensable probar lo que el sujeto sabía en el momento en que actuó, porque ese conocimiento probado del inequívoco significado de su aporte para el injusto, permite advertir si el sujeto se ha adaptado o integrado a esta obra conjunta que lesiona la vigencia de la norma.

¹⁵² MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 155; FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, pp. 309-311.

¹⁵³ De hecho la accesoriedad también es predicable en el ámbito de la coautoría, ya que a pesar de que esta figura es autoría, también es intervención en el hecho ajeno, puesto que a cada coautor se le imputa el aporte al hecho por parte del otro, el cual complementa su propia contribución. Ni siquiera la accesoriedad cualitativa parece ofrecer razones convincentes para fundamentar una diferenciación cualitativa entre la coautoría y las formas de participación, porque en el marco de la coautoría también es indispensable que la imputación se vincule con una determinada calidad jurídica; por ejemplo, si se admite que el concepto de autor es un problema de injusto y que los que intervienen sean coautores de un injusto típico, la imputación en la coautoría se refiere a acciones antijurídicas. OROZCO LÓPEZ, *InDret*, (2), 2021, pp. 8-10. En este interesante trabajo, OROZCO LÓPEZ desarrolla un modelo de graduación cuantitativa de la intervención a partir de un sistema tipológico de la influencia sobre el hecho.

¹⁵⁴ En la literatura brasileña, BRENER acoge esta tesis de la integración: «Es necesario que la conducta integre el injusto como una unidad de sentido, es decir, que la conducta presente un sentido delictivo desde el principio, vinculándose al plan del autor, para que pueda entenderse como una ayuda y, por tanto, para que pueda atribuirse la responsabilidad del injusto como una obra conjunta». BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, p. 177.

¹⁵⁵ REYES ALVARADO, «Ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», *Revista General de Derecho Penal*, (9), 2008, p. 534.

¹⁵⁶ En efecto, no sería posible imputar un proceso como factum, si media desconocimiento de las circunstancias o el sujeto no es origen del proceso: en ambos casos no es posible imputar algo como hecho. Se habla, más bien, de *necessitas physica seu absoluta*, debida a *vis absoluta* o a *ignorantia facti*. SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, 2008, pp. 408-409.

¹⁵⁷ REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 22. En su primer trabajo sobre la prohibición de regreso, JAKOBS hizo referencia al comportamiento que se adapta al plan de otro. JAKOBS, «La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión», en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, 1998, p. 129.

Además, partir de lo que sabía la persona permite valorar ese hecho conocido y realizado como conforme o no a la norma, atendiendo a criterios normativos de valoración desarrollados por la teoría del delito, como el del sentido inequívoco de integración en el injusto¹⁵⁸. Precisamente, esto se explica porque el conocer no configura en sí mismo el injusto, sino que exige, además, un requisito coherente con el principio del hecho propio del derecho penal liberal: una contribución efectiva perturbadora e idónea para afectar el bien jurídico, cuyo único significado social reconocible es integrar o formar parte del injusto. De lo contrario, habría que aceptar que la responsabilidad penal depende de lo que creen o piensan las personas que su comportamiento podría suponer para terceros dispuestos a delinquir, lo que ampliaría, en exceso, el ámbito de intervención del derecho penal¹⁵⁹. Una restricción importante al *ius puniendi*, en el marco de un derecho penal liberal que considera las consecuencias político-criminales de las categorías dogmáticas, es el análisis de la idoneidad de la prohibición de integrar injustos, según la idea de mejora de la situación del bien jurídico en el caso concreto. En definitiva, el mero saber es una condición necesaria, pero no suficiente para imputar el injusto, ya que se debe valorar lo que el sujeto hizo –sabiendo–, para verificar si lo actuado puede interpretarse como una adaptación o integración en el injusto, de acuerdo a lo que cualquier persona racional en su lugar hubiera entendido como aporte al injusto. Como afirma REYES ALVARADO, en lo que concierne a la valoración de la conducta en el contexto de una actuación conjunta,

Es importante tener en cuenta la representación de la realidad exigible al autor en la situación concreta; en este sentido, cuando su conducta solo pueda ser entendida socialmente como un aporte voluntario a la acción conjunta de fabricación del artefacto explosivo –porque así lo hubiera entendido cualquier persona en su lugar–, se podrá afirmar que con su conducta contribuyó a la creación colectiva de ese riesgo jurídicamente desaprobado¹⁶⁰.

Si no hay una integración jurídicamente relevante, no puede haber intervención a pesar del saber y del favorecimiento causal que la contribución pueda suponer. De igual forma, si no es posible atribuir al favorecedor el conocimiento de la aptitud lesiva del hecho, es imposible imputarle la referida integración, porque el conocimiento es presupuesto para la valoración del injusto, cuyos aportes individualmente considerados serán valorados como actos de complicidad, inducción o coautoría, una vez se constate previamente que, en conjunto, han creado un riesgo jurídicamente desaprobado realizado en el resultado. De allí que sea fundamental la prueba del conocimiento¹⁶¹. En síntesis, ese *sentido único de integración* (o de adaptación) debe ser abarcado por el dolo del interviniente, sin olvidar que: a) si el actuar no configura ningún sentido de integración –a pesar del saber sobre el uso delictivo–, no habría ninguna creación de riesgo desaprobado representado

¹⁵⁸ La valoración del comportamiento realizado según el mandato o la prohibición, o el juicio sobre la tipicidad del hecho, se ha tratado de hacer, con la teoría de la imputación objetiva, mediante criterios normativos ajenos a bases ontológicas (como lo hace el finalismo ortodoxo). Criterios como la referencia de sentido delictiva, el incremento del riesgo, el riesgo permitido o cualquier otro de los examinados, «son razones interpretativas, basadas en la función y el sentido de la norma concreta en el marco del concreto Estado de derecho de que se trate, para valorar la conducta conocida como conforme o disconforme con la norma que sanciona la complicidad». MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 150.

¹⁵⁹ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 144-145. Que una persona sepa que hace algo que favorece a un autor, no lo hace integrar en el injusto de éste. Esto solo es posible, si aquello que hace puede ser visto por todos como la participación en el injusto. Por esta razón deben quedar por fuera de la intervención las contribuciones supersticiosas.

¹⁶⁰ REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 21, nota 24.

¹⁶¹ La prueba del conocimiento nos brinda el objeto a valorar, esto es, la realidad conocida por el interviniente, y si esa realidad se considera jurídicamente desaprobada, tal prueba nos permite definir el título de imputación subjetiva: dolo o imprudencia.

en un sentido delictivo, ni tampoco dolo, y b) que si el sujeto desconoce de forma invencible que se está integrando normativamente a un injusto común, este no le podrá ser atribuido.

Es importante aclarar que ese sentido delictivo se relaciona con el significado comunicativo de la conducta, desde una perspectiva social. No importa la interpretación individual del autor o del partícipe sobre sus propios hechos, sino el significado racional y objetivo que tiene la conducta perceptible por cualquier persona en sociedad. El aporte de JAKOBS en ese sentido es clarificador. En su crítica a ARMIN KAUFMANN sobre el dolo en la tentativa, JAKOBS afirma que el conocimiento relevante para el dolo debe ser comunicativamente relevante. Si se sigue el concepto de injusto personal, el sentido que el autor le dé a su hecho determina el «sustrato valorativo del juicio de antijuridicidad», luego la tentativa supersticiosa sería un injusto¹⁶². Pero el injusto debe ser relevante desde el punto de vista social, es decir, comunicar un juicio racional y objetivo, de acuerdo a la experiencia del mundo y conforme a reglas de deducción válidas y compartidas¹⁶³. No transmite una comunicación de sentido relevante quien pretende matar a alguien con un muñeco de vudú, quien dispara desde miles de millas de distancia a un avión en pleno vuelo, o quien pretende lesionar a su vecino bullicioso en la cabeza a través de la pared, utilizando un gigantesco imán; en estos casos, esas actuaciones se edifican sobre configuraciones erróneas de la realidad. También quien pretende hundir un clavo usando un martillo pequeño de madera, plantea un esquema inválido para clavar clavos. Por lo tanto, la acción que se representa el sujeto y que no reconoce la vigencia de la norma, debe basarse en un esquema de interpretación comunicativamente relevante, o, en otras palabras, ser la objetivación idónea de una conducta que conduce o puede conducir al resultado¹⁶⁴. Sin duda, esa expresión de sentido relevante socialmente presupone una configuración de la realidad acorde con las nociones comúnmente aceptadas en un ambiente social y cultural determinado respecto al normal desarrollo de los hechos, como las reglas de la experiencia¹⁶⁵, las cuales se transmiten por el lenguaje. Pero esa

¹⁶² JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», en JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, p. 496. De acuerdo, REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 127, 334-335.

¹⁶³ Para JAKOBS, si la norma establece que «no debes dar comienzo a la producción del resultado X», ello puede significar, según la interpretación de KAUFMANN, «no debes dar comienzo a algo que a tu juicio constituya la causación del resultado X»; pero también puede significar que «tu no debes dar comienzo a algo que, de acuerdo con un juicio racional y objetivo, produce el resultado x». En la tentativa, «solo la creencia (verdadera o falsa) de un comportamiento idóneo para producir el resultado, conforme a un juicio objetivo, puede fundamentar el dolo». Pero las tentativas de producción mediante la invocación del infierno o mediante el recurso a un medio que, de acuerdo con un juicio racional y objetivo, solamente puede ser inidóneo, no están abarcadas y constituyen, por lo tanto, delitos putativos. Entonces, «no todo lo que el autor considera una planificación, tiene que ser planificación. KAUFMANN adopta el punto de vista del autor: cuando éste elige un medio supersticioso, el derecho debe seguirle». JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», en JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, pp. 498-506. En el mismo sentido, resaltando que el autor debe adoptar configuraciones racionales de la realidad, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1999, pp. 326-327, para quien «en la tentativa irreal, especialmente, se observa el desinterés de la sociedad por el sentido individual que un sujeto haya querido imprimir a su hecho, cuando tal sentido se sustraiga al marco de lo que socialmente se interpreta como negación de la vigencia de una determinada norma penal». Según RUEDA MARTÍN, «para la constitución del dolo no basta con una simple impresión o concepción subjetiva del autor referida a un determinado proceso de actuación, sino que es necesario, además, atribuir el sentido social típico a la acción mediante un juicio objetivo acerca de la racionalidad del actuar por parte del autor», juicio que se debe basar en el saber nomológico disponible. RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2002, pp. 201-204.

¹⁶⁴ JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, 1998, pp. 27-28, 36-38. Del mismo modo, para REYES ALVARADO la acción es una forma de comunicación entre sus integrantes cuya trascendencia social no depende de la perspectiva del autor, «sino de la forma en que externamente se la interprete, de su valoración objetiva». REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 19.

¹⁶⁵ Estas máximas se extraen de la experiencia por vía inductiva, a partir de la experiencia del *id quod plerumque accidit* o del normal curso de los acontecimientos. Pero deben ser aceptadas unánimemente por la sociedad, no

expresión social de sentido va más allá de la mera comprensión científica de los fenómenos de la naturaleza, pues el significado del mundo también depende de usos del lenguaje o formas de vida compartidas que se aprecian en prácticas y costumbres sociales, como sostuviera WITTGENSTEIN¹⁶⁶.

Admitir que lo relevante es la interpretación que el autor dé a su hecho, sería asumir que cada uno de los miembros de la sociedad tiene un entendimiento diferente de la forma en que ocurren los acontecimientos en el mundo, o que éste es menos relevante que las intuiciones, los sueños o las revelaciones¹⁶⁷. Por lo tanto, ese sentido delictivo del comportamiento del interviniente debe valorarse como una comunicación socialmente relevante, que desde la racionalidad y la objetividad agota su razón de ser o su finalidad en «hacer suyo» el injusto. Desde luego, ese significado general (o intersubjetivo) de integración en el injusto debe ser conocido por el interviniente, sin que sus deseos, motivaciones o creencias puedan afectar ese sentido delictivo; en otras palabras, el dolo del interviniente¹⁶⁸ debe abarcar ese sentido delictivo de integración en el injusto, porque si no lo abarca, no podrá configurarse ese límite mínimo de la intervención, aunque excepcionalmente este podría abarcarse bajo la modalidad imprudente. En este caso, el interviniente imprudente realiza un aporte cuyo único sentido social posible es el de integrarse en el injusto común, pero a la vez crea su propio defecto de conocimiento que le impide advertir el significado de su conducta para el proyecto delictivo¹⁶⁹.

ser falsadas por otros conocimientos científicos u otras máximas, y no pueden confundirse con lugares comunes o prejuicios. TUZET, *Filosofía della prova giuridica*, 2016, pp. 182, 188; TARUFFO, *Verso la decisione giusta*, 2020, pp. 259-261.

¹⁶⁶ El significado de las cosas no depende de un misterioso proceso interno de asignación de palabras a las sensaciones o actos psíquicos, sino de un proceso de aprendizaje derivado de ciertos usos del lenguaje que se vuelven públicos, porque son formas de vida –*Lebensformen*– que presuponen reglas cuyo seguimiento implica costumbres, prácticas sociales e instituciones. WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, 2017, § 199, pp. 179-180. Luego, «el uso particular de la palabra en la práctica es su significado». WITTGENSTEIN, *Los cuadernos azul y marrón*, 1976, pp. 99, 103.

¹⁶⁷ JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», en JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, p. 497. «El injusto de una tentativa se presenta únicamente cuando el autor ejecuta un comportamiento que no solo de acuerdo con su punto de vista debe ser entendido como acción ejecutiva, pues en ese caso cometería un delito putativo dado que la norma no dispone regulación alguna respecto de las acciones ejecutivas sin relevancia comunicativa». Pero, quien cree que la irracionalidad es racionalidad, o que un juicio subjetivo es un juicio objetivo, malinterpreta lo que es racionalidad o juicio objetivo, en el marco del concepto jurídico «hecho». Un hecho es un acontecer que puede ser relatado de manera objetivamente concluyente y valorado de acuerdo con un juicio objetivo y socialmente relevante. JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», en EL MISMO, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, pp. 504-506.

¹⁶⁸ Recordemos, una vez más, que este interviniente puede ser considerado cómplice o coautor dependiendo de los criterios objetivos de valoración del peso de su aporte.

¹⁶⁹ Es claro que, si el interviniente dispone de un conocimiento idóneo para excluir cualquier posibilidad de integrarse en el injusto como posible consecuencia de su conducta, no se le puede imputar ni siquiera de manera extraordinaria la intervención. En este caso, el defecto cognitivo es invencible, porque cualquier persona en su lugar hubiera descartado la situación de riesgo, por lo que el sujeto desconocería la incumbencia de hallarse en una posición de saber más de lo que sabe, para evitar la colaboración en el injusto. Sin embargo, si se trata de conductas socialmente permitidas que contienen una presunción de peligro, basta que la relevancia típica del riesgo se derive de la imprevisibilidad objetiva *ex ante*, ya que para las mismas rige un deber de información o preparación previo, por lo que no pueden realizarse sin un examen minucioso de las circunstancias. Por otro lado, el grado mínimo requerido de conciencia para esta imputación extraordinaria, se determina a partir del momento en que resulta exigible el deber de conocimiento del riesgo; es decir, quien interviene debe saber algo, pues si ignora que en el contexto específico en el que actúa debe activar ese deber de saber (o que le incumbe estar en posición de saber más), no puede responder de forma imprudente. Tal como sucede en la autoría, en la intervención la persona debe saber, no el significado de su aporte para el injusto colectivo (pues entonces se le imputaría ordinariamente el dolo), el cual ignora, pero sí que, i) o bien al hacer lo que hace, ya no depende de él la evitación del injusto, el cual puede prevenir (en abstracto) pero descartar en la situación concreta, o ii) o bien saber que tiene que actuar de forma tal que su conducta no sirva para integrar el injusto, porque la naturaleza

JAKOBS aporta un criterio para enriquecer ese sentido delictivo, desde el punto de vista social. Se trata de analizar si conforme a un juicio racional fundado en la experiencia social, es posible valorar la conducta de quien interviene como integración en el injusto, o como ejercicio libre de la propia esfera de organización. Por lo tanto, el quebrantamiento de la norma solo es posible si la prestación del interviniente fue, según el contexto y en vista de los conocimientos especiales que tenía disponibles, apta para realizar el tipo, siempre a partir de un juicio racional y objetivo, es decir, adecuado para configurar con el ejecutor el injusto como obra en común. Esto es así bajo el entendido de que el interviniente también debe observar, en mi opinión, si desea distanciarse del injusto en el estadio previo, el deber negativo de no lesionar otros ámbitos de organización. Pero este deber originario lo desconoce por la forma en que, a sabiendas, configura su propio ámbito de organización, no por el mero saber. Por lo tanto, si en virtud de su propia contribución el interviniente sabía, como cualquier otra persona puesta en su lugar con esos conocimientos especiales lo hubiera percibido¹⁷⁰, que su prestación sería desviada para consumir un tipo penal, su conducta podrá ser valorada con un sentido inequívocamente delictivo, o como integración en el injusto.

El gran problema de los planteamientos que giran en torno al *deliktischer Sinnbezug* es su amplia generalidad, por lo que es preciso descender de ese nivel de abstracción delimitando criterios más específicos que puedan servir para interpretar de qué manera la conducta del interviniente tiene un sentido inequívocamente delictivo¹⁷¹. Si bien esta teoría ofrece un buen fundamento para explicar el injusto de la intervención delictiva (o en las teorías tradicionales, el injusto de la participación), y, por lo tanto, para determinar los casos en que el interviniente específicamente adapta su conducta en función del delito, también es posible pensar que cualquier prestación cotidiana o normal tiene un uso permitido, porque hasta las cosas más peligrosas pueden tener aplicaciones cotidianas o no delictivas. Por esta vía, puede ser un criterio indeterminado.

5. Criterios para determinar la integración en el injusto común

5.1. Infracción de deberes de garante

Un indicio relevante de integración en el injusto es el desconocimiento de la posición de garante del interviniente, quien se aparta de la normatividad jurídica que la regula para sumarse al

riesgosa de su actividad exige un deber de cercioramiento (vgr., dar objetos sometidos a permisos especiales, prescribir medicamentos previo examen de la condición del paciente, conducir previa revisión del estado de los frenos del vehículo, portar de forma segura el arma de dotación oficial, etc.). MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 259, 263.

¹⁷⁰ En este sentido, la imputación objetiva exige la valoración de los conocimientos especiales, pero siempre atendiendo a los deberes de actuación que le eran exigibles a un ciudadano en la situación concreta. En esa valoración, se analiza si los deberes de actuación le eran exigibles a cualquier persona en la situación del autor. Por ejemplo, si de cualquiera se espera que no dañe a otro accionando un arma de fuego, al sujeto que cuenta con ella para matar a otro debe reprochársele penalmente su conducta, pues era esperable de él esa correcta representación de la realidad. REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, 2016, pp. 178-180. GARCÍA CAVERO, *PG*, 2019, p. 444, quien considera que los conocimientos especiales son relevantes en la gestión de actividades objetivamente peligrosas, de tal forma que si el sujeto incorpora el conocimiento especial en el manejo del riesgo de su conducta, ésta pierde su inocuidad para convertirse en una gestión propia del riesgo (vgr., el autor sabe que hay una bomba en el avión que le aconseja abordar a la víctima). JAKOBS admite los conocimientos especiales en varias situaciones: cuando se somete a la víctima potencial a riesgos especiales, cuando el autor introduce sus conocimientos especiales en su relación con la víctima o cuando está sometido a un deber institucional. JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, 1997, pp. 238-239, pp. 214-215.

¹⁷¹ Lo mismo sucede con los extremos de la imputación objetiva, porque el problema no se resuelve apelando solo a la creación jurídicamente desaprobada de riesgo por parte del partícipe, si no se definen expresamente reglas para determinar cuándo se crea o no dicho riesgo.

proyecto delictivo¹⁷². Incumplir los deberes de garante encaminados a proteger bienes jurídicos o evitar cursos lesivos para otros ámbitos de organización, conduce a la imputación del resultado generado por aquellos que se aprovechan de dicha infracción, si tal incumplimiento adquiere objetivamente el sentido de cooperación al delito, según lo que el garante llegue a configurar. Por ejemplo, el deber institucional que tienen los padres frente a sus hijos puede violarse si le confían la salud de los menores a una persona no cualificada para tratarlos; quien deja un arma sin vigilancia o permite que llegue a manos de personas no confiables, desconoce su deber de aseguramiento¹⁷³. Este deber se relaciona con la existencia de determinados objetos que solo pueden transmitirse si se comprueba que su receptor posee ciertas capacidades estandarizadas en forma de licencias, que le permiten el acceso y la posesión de estos. Como en estas situaciones la administración asume directamente la gestión del ámbito peligroso en forma de licencias, el sujeto autorizado no tiene por qué valorar permanentemente el peligro de uso por parte de terceros, siempre y cuando cumpla con las condiciones jurídicas de la posición de garante.

5.2. Idoneidad de la prohibición para mejorar el bien jurídico y adaptación al proyecto delictivo del segundo interviniente

El sentido único de integración en el injusto exige, en primer lugar, comprobar la *idoneidad* de la prohibición del aporte para proteger el bien jurídico, y en segundo lugar, la *adaptación* de la conducta del interviniente, quien configura su propio ámbito de organización como parte del proyecto del segundo interviniente. Es decir, la conducta típica de intervención en el injusto se presenta cuando el aporte crea un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico, de acuerdo al principio de idoneidad, que se adapta a una utilidad inequívocamente delictiva. Desde esta perspectiva, se descarta la prohibición de ciertas contribuciones que se mantendrían dentro del riesgo permitido, al no suponer ninguna mejora relevante en la situación del bien jurídico. Una vez verificada esa idoneidad, el análisis de la imputación objetiva debe proseguir con la valoración del significado inequívocamente delictivo del aporte, en la medida en que su utilidad se agota únicamente en integrar el injusto típico.

a. Idoneidad de la prohibición para mejorar el bien jurídico

En el caso de las conductas neutrales, no se trata de excluir *a priori* su relevancia penal por el hecho de que sean desarrollo de roles profesionales, o porque se limiten a proveer bienes y servicios cotidianos, puesto que se debe evaluar siempre el contexto en el que se desarrolla la conducta¹⁷⁴. Un excesivo celo en la protección de bienes jurídicos puede llevar a una restricción insoportable de la libertad de acción de graves consecuencias, por lo que, en mi opinión, las conductas que no representan una mejora relevante en la situación del bien jurídico por su ubicuidad y disponibilidad legal para el ejecutor del injusto, no son típicas y están cubiertas por el riesgo permitido, a pesar del saber especial del contribuyente, por lo que ya no se adaptarían a ninguna acción colectiva ilícita. No se trata de excluir *a priori* la relevancia penal de un aporte

¹⁷² Así, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 292-293; MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 169. WHOLERS también asume este planteamiento. La responsabilidad penal del vendedor puede predicarse si este infringe normas de cuidado que el legislador crea para contrarrestar eventuales peligros que puedan generar terceros. Por ejemplo, el vendedor de armas que entrega un arma al cliente, sin que este posea la licencia respectiva. WOHLERS, *RDPC*, (27-80), 2006, p. 142.

¹⁷³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 268.

¹⁷⁴ KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 124; BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, p. 175.

que, en abstracto, se considera de amplia disponibilidad¹⁷⁵, sino de aplicar un razonamiento contextual en vista del caso concreto, ya que para reconocer la idoneidad de la prohibición de integrarse en el injusto, se exige que el servicio o el bien que se prestaría tenga un sustituto legal efectivamente disponible para el ejecutor final, de manera que la negativa a prestarlo no suponga ni siquiera un retraso relevante en la planificación delictiva¹⁷⁶.

Para FRISCH, esta indeseada paralización de la vida social podría evitarse, si se considera que la punibilidad de ciertas conductas que el autor, decidido a delinquir, podría obtener sin mucho esfuerzo de cualquier otro lugar, no sería idónea para proteger los bienes jurídicos¹⁷⁷. Es cierto que la reprobación penal de estos favorecimientos no esenciales tampoco conlleva mucho para el bien jurídico amenazado, sobre todo cuando restan al autor potenciales posibilidades de obtener la respectiva prestación de otros, quienes actúan sin conocimiento y conforme a derecho¹⁷⁸. Por su parte, SCHÜNEMANN recuerda la importancia de preguntar, antes que nada, si la prohibición de la conducta neutral de que se trate constituye un medio eficiente en términos político-criminales para evitar lesiones de bienes jurídicos¹⁷⁹. Si el objeto que se aporta se encuentra al alcance de todos, esa prohibición sería raras veces idónea para mejorar las posibilidades de preservación del bien jurídico, porque quien ejecuta podría procurarse fácilmente el medio necesario para realizar el tipo penal, de otro modo y sin dar a conocer sus planes delictivos¹⁸⁰. Aquí el colaborador no influye sobre el peligro existente para el bien jurídico, pues el ejecutor podría hacerse con la prestación requerida sin perder apenas tiempo; otra cosa distinta es que el objeto solo pueda adquirirse con gran esfuerzo o exija elaboraciones especiales que le proporcionen las cualidades necesarias para la ejecución típica, porque en este caso el aporte aumenta considerablemente la perspectiva de realización del hecho¹⁸¹.

El fundamento que refuerza la conveniencia de acudir al principio de idoneidad, está dado por la necesidad de restringir las libertades individuales atendiendo a la finalidad político-criminal de protección de los bienes jurídicos¹⁸². En un derecho penal liberal de última *ratio*, es necesario evitar las intervenciones penales arbitrarias, por lo que la limitación de la libertad prevista en una prohibición que hace uso de la pena como principal respuesta a su incumplimiento, solo será adecuada si proporciona una mejora relevante de la condición del bien jurídico. Por lo tanto, para FRISCH la legitimidad de la prohibición dirigida al que pone en peligro mediatamente un bien

¹⁷⁵ Por ejemplo, un carnicero no vende destornilladores. Si lo hace, aunque sea a precio de mercado y el receptor pudiera comprarlo en otra tienda, el carnicero interviene en el hurto que comete el receptor con el destornillador, aunque este objeto sea, en abstracto, disponible en ferreterías.

¹⁷⁶ «La inidoneidad de la prohibición depende de la ubicuidad del aporte causal que posibilita o favorece el delito, es decir, la contribución deberá ser accesible en el caso concreto, a tal punto que la denegación de la prestación no cause dificultades al autor. Así, en última instancia, la naturaleza ubicua de la contribución será un requisito negativo del desvalor de la acción». BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punitiva*, 2021, p. 119.

¹⁷⁷ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 306.

¹⁷⁸ FRISCH, en EL MISMO, *Estudios de imputación objetiva*, 2012, p. 116. En el mismo sentido, WEIGEND, *RDPC*, (10), 2002, pp. 211-213.

¹⁷⁹ SCHÜNEMANN, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva*, en SCHÜNEMANN, *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, 2007, pp. 50-51; SILVA SÁNCHEZ, «Informe sobre las discusiones», en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KOHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 204.

¹⁸⁰ PUPPE, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, 2001, p. 134.

¹⁸¹ WEIGEND, *RDPC*, (10), 2002, pp. 212-213.

¹⁸² Si esa es la función del derecho penal, entonces «el injusto jurídico-penal exige el menoscabo de un bien jurídico, de manera que la tutela jurídico-penal de esos bienes únicamente puede llevarse a cabo prohibiendo aquellos riesgos no permitidos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico». ROXIN, *La idea del bien jurídico en la teoría del injusto penal*, en ROXIN/POLAINO/POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal*, 2013, p. 75.

jurídico mediante su acción, depende de si es absolutamente necesaria para evitar un peligro actual, y de si se produjeran perjuicios graves y desproporcionados de no interferir en la esfera de libertad de la persona no responsable del origen del conflicto¹⁸³.

Sin embargo, la prohibición se torna inaceptable si no cumple su finalidad político-criminal, al no suponer una mejora del bien jurídico, sino un cambio inocuo en el curso del acontecer, por lo que la restricción a la libertad en este caso sería ilegítima¹⁸⁴. Como afirma FRISCH, para que pueda legitimarse la restricción a la libertad, la prohibición debe ser apropiada y necesaria para el fin perseguido al establecerla (la protección de bienes jurídicos), y además no debe representar una intervención inadecuada y desproporcionada¹⁸⁵. Estos motivos justifican la intervención estatal en el derecho constitucional a la libertad, por lo que solo serán contrarias a derecho aquellas acciones que, objetivamente, se dirijan a la lesión de un bien jurídico –es decir, acciones *ex ante* objetivamente peligrosas¹⁸⁶– y cuya prohibición penal sea una vía idónea, necesaria y adecuada para protegerlo. Ahora bien, un comportamiento solo será típico si la desaprobación jurídico-penal se muestra como un instrumento idóneo, necesario y adecuado para garantizar la inviolabilidad y la vigencia fáctica de la norma cuestionada por la conducta jurídicamente desaprobada¹⁸⁷. En este orden de ideas, la prohibición de integrar el injusto como obra en común fracasa ante el principio de adecuación (o de idoneidad) cuando se trata de objetos o prestaciones de libre acceso para cualquiera, pues la prohibición penal ya no aportaría un efecto mensurable de protección de bienes jurídicos. Este planteamiento, en mi opinión, tiene una evidente vocación práctica para analizar si la conducta facilitadora en cuestión se mantuvo o no dentro del riesgo permitido.

Este pensamiento de la ubicuidad de la prestación, que hace inidóneas las prohibiciones de integrar injustos para mejorar el bien jurídico, está también latente, a mi juicio, en la teoría de la prohibición de regreso de JAKOBS, ya que el campo de aplicación de este instituto tiene que ver, para el jurista alemán, con la comunidad entre varios que «se limita a una prestación que puede obtenerse de cualquier lado, y que, en todo caso, no contiene un riesgo especial; sin embargo, el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito»¹⁸⁸. JAKOBS acierta al cuestionar abiertamente la posibilidad de que, a través de la pena, pueda estabilizarse la norma que prohíbe co-configurar el injusto con otro(s) cuando se trata de conductas en las cuales, socialmente, es imposible esperar su idoneidad para frenar o dificultar la realización del tipo penal proyectado por un ejecutor potencial:

Si nadie puede esperar que deje de producirse un robo porque quien lo quiera llevar a cabo no disponga de un vulgar destornillador, ¿por qué ha de estabilizarse entonces la expectativa de que

¹⁸³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 334.

¹⁸⁴ BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, pp. 150-154.

¹⁸⁵ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, pp. 84-85.

¹⁸⁶ GRECO, *La teoría de la imputación objetiva. Una introducción*, 2021, p. 80; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen. Der Aufbau der verbrechenslehre*, 4.ª ed., 2006, p. 378. Para ROXIN, las acciones que no crean ningún peligro, o que solo crean un peligro permitido para el bien jurídico, no pueden ser concebidas como acciones que pretendan objetivamente causar el resultado, por lo que, desde el punto de vista del orden jurídico, «incluso una voluntad que subjetivamente pueda perseguir ese fin es irrelevante y no da lugar a la imputación del resultado». ROXIN, *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal*, 2013, p. 217.

¹⁸⁷ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, pp. 92-93.

¹⁸⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 2011, p. 84.

nadie venda un vulgar destornillador a un sujeto que de manera cognoscible se halla determinado a llevar a cabo un robo?¹⁸⁹

Así mismo, para KINDHÄUSER, proporcionar lo que ya está a disposición del demandante es un añadido superfluo, que no aumenta la posibilidad de éxito del plan; por ello, no es ayuda lo que no satisface una necesidad real para alcanzar el tipo penal o evitar su fracaso, aun si se concede que lo superfluo puede suponer algún grado de solidarización en la ejecución del injusto¹⁹⁰. Luego, el aporte debe permitir al receptor alcanzar la fase de la ejecución; ahora bien, las acciones legalmente permitidas y fácilmente sustituibles, no pueden constituir en ningún caso una contribución típica jurídicamente desaprobada¹⁹¹. GRECO refuerza la idea de la impunidad de la intervención típica cuando el agente ofrece un servicio legal que puede obtenerse sin esfuerzo considerable, de otra manera y por medios legales, sin ni siquiera retrasar la ejecución del hecho delictivo. No se integra en el injusto quien realiza algo que, de todos modos, ya tiene quien busca llevar el injusto al espacio público (es decir, a la fase de ejecución). Luego, la crítica sobre la consideración de cursos causales hipotéticos es equívoca y circular, puesto que, más allá de preguntarse si alguien que en realidad se ha comportado ilícitamente puede quedar impune a partir de un supuesto hipotético, de lo que se trata es de saber si la conducta ilícita en sí misma existe. La cuestión es si prohibir la venta de una barra de pan o la conducción de un pasajero es en sí mismo justificable, aun cuando sea inútil. Según el principio de protección de bienes jurídicos, una prohibición penal solo se declara sin sentido (o inidónea) cuando es posible obtener una conducta sustitutiva lícita sin mucha dificultad¹⁹².

Siguiendo este planteamiento, se mantiene dentro del ámbito del riesgo permitido el vendedor (vgr., el ferretero, el panadero, etc.) de un objeto utilizado para realizar un injusto, si es que, analizado el contexto, el mismo pudo ser obtenido fácilmente en otro lugar sin complicaciones, ya que sería inidónea la prohibición de la venta en el caso concreto para proteger el bien jurídico afectado. Por el contrario, sería idónea la prohibición de realizar maniobras de ocultación de una transferencia bancaria por parte de un empleado para facilitar la evasión de impuestos de un cliente, si tales operaciones por su especialidad no hubieran podido ser obtenidas con la misma facilidad de otro empleado; igualmente, la eventual negativa de la venta de un cuchillo, en el contexto de una violenta riña desatada fuera de la tienda, sería un medio idóneo para mejorar la situación de la vida e integridad física de uno de los contrincantes, porque el bien jurídico no hubiera sido atacado en ese momento de manera tan intensa, por lo que la venta en dicha situación no estaría amparada por un riesgo permitido¹⁹³.

b. *Adaptación al proyecto delictivo del segundo interviniente*

Por consiguiente, solo es típica la conducta del interviniente cuando su contribución causal crea un riesgo jurídicamente desaprobado, a la luz del principio de *idoneidad*, y presenta un *inequívoco*

¹⁸⁹ JAKOBS, en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, 1998, p. 125.

¹⁹⁰ KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 111. La propia noción de ayuda (o auxilio), supone que el autor tiene limitaciones actuales tanto en relación con los medios disponibles para ejecutar el delito planeado, como en relación con las capacidades personales necesarias para realizarlo.

¹⁹¹ CAMARGO, «Do concurso de pessoas», en SOUZA (coord.), *Código penal comentado*, 2020, p. 177.

¹⁹² GRECO, «Punição de cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12)», en EL MISMO, *As razões do direito penal. Quatro estudos*, 2019, pp. 97-98.

¹⁹³ GRECO, *Complicidad a través de acciones neutras*, 2017, pp. 180-181, 183, 189; BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, pp. 198-202.

sentido delictivo. Esta adaptación depende del contexto, y tiene lugar si la persona que interviene actúa teniendo en cuenta especialmente el hecho posterior, es decir, cuando se comporta a la medida del delito. Aisladamente, no es problemática la elaboración de la copia de una llave para el dueño de un inmueble, pero si se construye especialmente para un tercero que la quiere utilizar en un hurto, aprovechando la ausencia del dueño, la conducta en este contexto adquiere una referencia de sentido delictiva. Este criterio depende básicamente de la forma concreta en que se configure el aporte; así, reforzar los ataques actuales, eliminar los obstáculos de la agresión, debilitar a la víctima, aumentar las posibilidades de eficacia del hecho, aconsejar o asesorar técnicamente, distraer a quienes pueden interrumpir el hecho, dar instrucciones tendientes a superar las dificultades, preparar y entregar cosas, herramientas o información especialmente aptas para el delito o implementar medidas de ocultamiento, junto a la eventual existencia de una relación comunicativa entre el interviniente y el ejecutor dada por eventuales connivencias o acuerdos, son situaciones a través de las cuales se infiere que la conducta solo puede explicarse delictivamente, excluyéndose cualquier otra explicación alternativa; es decir, no puede pensarse de otro modo que como favorecimiento del hecho¹⁹⁴.

Por ejemplo, quien advierte que la transferencia bancaria que realiza a uno de los terroristas para pagar un curso de pilotaje tiene como fin el apoderamiento temporal de una aeronave para estrellarla contra un objetivo civil, crea un riesgo no permitido porque su conducta no tiene otro sentido (como cualquier otro en su lugar hubiera interpretado) que el de sumarse a los injustos derivados de dicha actuación conjunta, teniendo en cuenta su conocimiento de la aptitud lesiva del hecho. En los siguientes casos, los intervinientes se integran al injusto, porque el único sentido de su aporte, desde una perspectiva comunicativa racional –esto es, según la forma en que suceden los acontecimientos en el mundo social–, es hacer parte del injusto, en la medida en que reaccionan oportunamente a las necesidades planteadas por el potencial ejecutor del injusto. En otras palabras, del modo especial de configuración de la conducta, se entiende que el interés prevalente del actuar del interviniente es integrarse en el injusto, porque agota su utilidad exclusivamente en preparar su éxito o evitar su fracaso. Ejemplos:

- i) El taxista que recoge y conduce a los pasajeros al lugar de realización del hurto, parqueando de tal manera que facilita su comisión durante la medianoche, así como la posterior huida¹⁹⁵.
- ii) El químico que vende nitrato de amonio a una banda terrorista, conociendo su objetivo de realizar un atentado.
- iii) El asesor tributario que explica el método más eficaz para maquillar los balances financieros o para evadir fraudulentamente el recaudo del impuesto del IVA, consciente del fin delictivo del receptor de su servicio.
- iv) El economista que explica un nuevo método de blanqueo de capitales a una organización criminal, mediante la compra de bitcoins en el mercado digital.

¹⁹⁴ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, pp. 305, 309-312; EL MISMO, en FRISCH, *Estudios de imputación objetiva*, 2012, pp. 101-103; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 307, 317-318.

¹⁹⁵ Como dice JAKOBS, no es lo mismo que alguien espere con el motor en marcha delante del lugar del crimen, o solo haga un servicio de taxi. JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, p. 755.

- v) El amigo del asaltante de una estación de servicio, que oculta la placa de la motocicleta en la que se movilizan para dificultar su rastreo.
- vi) El vendedor que recomienda una potente droga a una banda criminal encargada de administrarla en discotecas, con el objetivo de manipular la voluntad de sus víctimas, secuestrarlas y robarlas.
- vii) El panadero que elabora unos panecillos por encargo, con una masa especial, para disimular el sabor del veneno que empleará X para matar a Y.
- viii) El cerrajero que diseña la copia de una llave, apta para que el cliente asalte una vivienda.

Este sentido inequívocamente delictivo de la conducta del primer interviniente, con el cual se crea un riesgo jurídicamente desaprobado, debe ser abarcado por el dolo para considerar que ese riesgo se ha realizado en el resultado típico doloso. Por lo tanto, desconocer este inequívoco significado del aporte impide la configuración del injusto típico de intervención; no obstante, excepcionalmente podría imputarse un injusto imprudente cuando las circunstancias conocidas por el sujeto dieron pie a un conocimiento de menor grado sobre el riesgo de integración que justificaba la posibilidad de su no realización, poniéndose en situación de no saber más para evitarlo¹⁹⁶.

Por lo tanto, el sujeto debe configurar su ámbito de organización de tal forma que origine un riesgo especial de aprovechamiento delictivo posterior. Este sentido inequívocamente delictivo caracteriza a los aportes especialmente aptos para conformar el injusto, mientras que es impensable en aquellas conductas desviadas arbitrariamente por su receptor, en la medida en que agotan su sentido en servir a objetivos legítimos ajustados a derecho y accesibles para cualquiera. Por lo tanto, para adjudicarle un sentido delictivo al acto de la venta, del préstamo o de la asesoría, es necesario, una vez superado el análisis de idoneidad, contar con una serie de datos adicionales que permitan interpretar un ajuste específico a las necesidades delictivas del destinatario de la prestación.

La propuesta de fundamentación de KINDHÄUSER contiene los conceptos de idoneidad y de adaptación utilizados en este artículo. Para este autor, el aporte jurídicamente desaprobado debe servir para lograr el fin delictivo del ejecutor, contribuyendo a la concreta utilización delictiva de la prestación. Pero la característica esencial de la conducta del interviniente es que aporta una *condición inesperada* que incrementa el riesgo de realización del injusto. Por el contrario, el aporte de meras *condiciones esperadas* es irrelevante, ya que se trata de condiciones necesarias de un resultado que se encuentran en la base del acontecimiento a explicar¹⁹⁷. Por ejemplo, la presencia de oxígeno en la atmósfera es una de las condiciones necesarias para que se pueda producir un incendio; la fuerza de gravedad es la condición esperada para que una persona empujada por otra caiga desde el décimo piso de un edificio y muera; incluso, la venta de comida es una condición esperada para que el delincuente dispuesto a robar tenga energía para hacerlo. No obstante, para el derecho penal solo son relevantes las condiciones inesperadas porque no están implícitas en la base del acontecimiento y contradicen las expectativas normativas,

¹⁹⁶ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 259.

¹⁹⁷ KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 118.

entendiendo que si se hubieran observado las normas pertinentes que prohíben la disposición de ciertas condiciones, el daño no se habría producido¹⁹⁸.

Una lectura de las condiciones esperadas desde el principio de idoneidad de la prohibición para la protección de bienes jurídicos permite concluir que aquellos aportes ubicuos están presentes en el campo causal del segundo interviniente en el hecho, por lo que su sanción no estabiliza ninguna expectativa normativa infringida. Por consiguiente, estas contribuciones no relevantes son las que el ejecutor del hecho tiene disponibles conforme a derecho, en el contexto social en el que actúa¹⁹⁹, por lo que la punición de condiciones esperadas es inidónea para contradecir las expectativas normativas –o para mejorar relevantemente la situación de los bienes jurídicos involucrados–. Los objetos, informaciones y derechos subjetivos que pueden adquirirse en la vida diaria, como una barra de pan, una asesoría o una obligación, son condiciones esperadas que eventualmente pueden formar el campo causal del ejecutor, pero no incrementan el riesgo de comisión del injusto y tampoco aportan a la superación jurídico-penal del conflicto mediante la adscripción de responsabilidad²⁰⁰. KINDHÄUSER considera que su propuesta –según la cual las condiciones que pertenecen al campo causal no incrementan el riesgo– no recurre a cursos causales hipotéticos, sino que se mueve en el ámbito de los principios de la imputación objetiva²⁰¹. Entonces, quien le vende un tarro de mermelada a quien pretende disimular un potente veneno con su sabor, no interviene en el tipo de homicidio pues no incrementa ese riesgo; pagar una deuda civil no implica hacerse competente por el tipo penal cometido con el dinero pagado; vender un destornillador a un ladrón profesional o prestar el servicio de taxi, en general, no sirven para integrarse en los tipos previstos por los clientes, si es que, en la situación concreta, estos bienes pertenecían a las condiciones esperadas lícitas propias del campo causal del ejecutor del injusto.

Otra cosa sería intervenir en la entrega efectiva del veneno, sugerir una mermelada que por sus exóticos ingredientes neutraliza el sabor del veneno o ayudar a ocultar la deuda fiscal que ha nacido mediante la confección de falsos documentos, porque en estos ejemplos los objetos e informaciones ya están adaptados a la utilización específica que requiere su receptor, por lo que se hace notoria la utilidad exclusivamente delictiva de las prestaciones, que fundamenta el riesgo prohibido en la conducta típica de intervención²⁰². La ayuda relevante para integrar el injusto consiste, en términos de KINDHÄUSER, en una condición inesperada, porque aporta algo especialmente apto para satisfacer el fin delictivo, es decir, implica una adaptación específica al injusto. En ese sentido, el interviniente crea un riesgo jurídicamente desaprobado cuando el aumento del riesgo se explica en la medida en que la persona provee, para el destinatario de su aporte, una utilidad orientada únicamente a la planificación delictiva²⁰³.

De lo contrario, afirmar la conducta típica de intervención por la posibilidad o la aparición de indicios de un uso delictivo de la prestación ajustada a derecho, conduciría a una sociedad de la

¹⁹⁸ KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 119.

¹⁹⁹ KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 120.

²⁰⁰ KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 119.

²⁰¹ KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 119.

²⁰² Luego, las conductas dotadas de sentido delictivo son aquellas que agotan su utilidad de forma delictiva. BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, p. 178.

²⁰³ En otras palabras, la conducta cuya única función en el contexto es delictiva y no tiene ninguna otra función racionalmente explicable, tiene sentido delictivo. En este caso, no habría que hablar de una desviación de la utilidad por parte del autor, ya que la propia utilidad del aumento del riesgo estaría dirigida al delito. BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, p. 178.

desconfianza, a graves restricciones de la libertad de acción, a estigmatizaciones intolerables y a una paralización de la vida social, al extremo de obligar al deudor a verificar en el acreedor la ausencia de intenciones ilícitas con la suma de dinero que le debe²⁰⁴. Una prohibición generalizada –que incluya a los negocios ordinarios de la vida cotidiana–, obligaría a estar pendiente de si terceros han concebido planes delictivos, lo que fundaría la imagen de una comunidad paternalista²⁰⁵, en la que se vería en el otro a un posible delincuente²⁰⁶. Por lo tanto, es importante distinguir los casos en que legítimamente deben prohibirse las acciones que posibilitan inequívocamente el injusto, de aquellos en los que no existe ese sentido delictivo, porque satisfacen prevalentemente la petición de estados ajustados a derecho –es decir, satisfacen una utilidad legítima– a pesar del arbitrario desvío delictivo²⁰⁷. En los primeros, el interviniente infringe con su conducta, su incumbencia de distanciarse de proyectos delictivos, porque su contribución solo puede interpretarse como una adaptación al injusto; en los segundos, lo que el receptor haga con la prestación, es asunto suyo, pues no todo atañe a todos²⁰⁸.

No habrá intervención en el injusto, por lo tanto, si el aporte (como la entrega de un bien o la prestación de un servicio) es ajustado a derecho porque el interés prevalente es satisfacer una necesidad humana lícita (y por ello, es útil), pero, al mismo tiempo, su receptor dispone del mismo para algún ilícito. En este caso, el sentido de la conducta del colaborador no es inequívocamente delictivo, porque el contexto no brinda datos adicionales que permitan identificar una reacción específica a necesidades propias del injusto²⁰⁹. En este grupo de casos, las prestaciones tienen un sentido autónomo acorde a derecho, pero sirven como ocasión para un desvío delictivo por parte de terceros²¹⁰. Puede tratarse de la contratación de servicios, del cumplimiento de obligaciones o de la satisfacción de necesidades vitales. Siempre y cuando no

²⁰⁴ En conclusión, «la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares», si todos hubiesen de tener en cuenta todas las consecuencias posibles, desde el punto de vista cognitivo. La sociedad no es un mecanismo cuyo única finalidad es la protección máxima de bienes jurídicos, ya que está destinada a hacer posibles las interacciones. En suma, «la prohibición de cualquier puesta en peligro, de toda índole, imposibilitaría la realización de todo comportamiento social». JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 2011, pp. 24, 32.

²⁰⁵ La consideración de todo lo que prosiga con el aporte conduciría a una *Ammenwirstschaft*, o «economía de nodrizas». Una especie de paternalismo recíproco que sería la tumba de toda autonomía. JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 60.

²⁰⁶ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, pp. 289-291.

²⁰⁷ Por lo tanto, «si la conducta accesoria de incremento de riesgos crea utilidades legítimas en el caso concreto, se trata de un mero riesgo permitido, cuyo provecho ilícito deriva de la discrecionalidad del autor. Así, el aporte que aparece como una contribución socialmente útil u objetivamente legal, no está sujeta a la responsabilidad penal. En otras palabras, una conducta de incremento de riesgo que presenta una funcionalidad legítima, una vez desarrollada según los parámetros y las formalidades comunes del mercado, no caracteriza un riesgo prohibido». BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, p. 178.

²⁰⁸ JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza"», en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, p. 211; EL MISMO, *Teoría de la intervención*, 2016, pp. 54-55.

²⁰⁹ Más bien, los datos permiten interpretar que el interés preponderante o prevaleciente fue concretar la prestación del servicio, la venta, la asesoría, etc.

²¹⁰ Otros autores que examinan la referencia de sentido delictiva, desde el punto de vista de la finalidad de la prestación para el autor, consideran que no hay participación si la acción se refiere a una acción legal, que en sí misma es útil y tiene sentido para su receptor, pero que éste aprovecha arbitrariamente para delinquir. Para ROXIN en este caso no habría complicidad a pesar del conocimiento seguro del uso de la prestación. ROXIN, *PG*, 2014, 26/224, p. 293. RANSIEK presenta un planteamiento mucho más sutil: a pesar de ese conocimiento seguro, la conducta de quien posibilita o facilita no puede desaprobarse jurídicamente si la prestación es aprovechada simultáneamente para fines legales e ilegales. Según este autor, no basta la posibilidad de uso delictivo, ni juntar casualmente fines legales e ilegales. RANSIEK, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003, pp. 344-347.

haya un ajuste específico al hecho posterior²¹¹, y sin perjuicio de la eventual infracción de deberes de solidaridad, como veremos, no es competente por el injusto quien:

- i) En un contrato de obra, abona la remuneración acordada por el trabajo realizado, aun cuando sabe que el contratista no paga los impuestos por estos ingresos.
- ii) El empleado que propicia, con su excelente rendimiento laboral, el incremento del volumen de ventas de su empleador, aun cuando sospeche o sepa que éste no paga el impuesto sobre las ventas.
- iii) El proveedor que suministra materiales químicos a un fabricante, quien, una vez terminados los procesos de producción, arroja los desechos industriales a un río. La provisión de materiales es acorde a derecho y tiene sentido y utilidad para el fabricante, con total independencia del delito ambiental²¹².
- iv) El deudor que, en virtud de una obligación civil, entrega una suma de dinero a su acreedor. Desaprobar el pago sería una contradicción valorativa²¹³. Pero es que, además, el derecho puede privar a una conducta de significado delictivo si obliga a su realización; por eso, ningún tribunal civil aceptaría la objeción del deudor sobre el uso delictivo del dinero que exige el acreedor, como excusa de no pago²¹⁴.
- v) El taxista que recoge a un pasajero, y lo deja en determinado lugar, a sabiendas de que cometerá un delito. Este caso se limita a la prestación de un servicio de transporte permitido y ubicuo; eso sí, no es lo mismo, que el taxista aguarde al delincuente con el motor en marcha mientras realiza el delito, o que ingrese a la cochera del lugar con el fin de que sus ocupantes introduzcan muebles y enseres a medianoche²¹⁵, o que preste habitualmente el servicio a una banda dedicada al paseo millonario.
- vi) El abogado experto en derecho societario, contratado por un grupo de personas interesadas en captar dineros de forma masiva y habitual (art. 316, Código Penal colombiano), con el fin de preparar los trámites y constituir una sociedad por acciones simplificada. Diferente debería ser la valoración si el abogado recomienda,

²¹¹ Me parece importante el criterio planteado por ROBLES PLANAS en ese sentido: el riesgo de continuación delictiva depende de que existan más factores o datos objetivos, que permitan interpretar tal acción como una adaptación específica al hecho posterior. Luego, el mero dato de la prestación ajustada a derecho, bien sea porque es permitida o exigible, aun no es suficiente «para afirmar que entre el primer sujeto y el hecho posterior existe una relación normativa para la imputación a título de intervención en el delito». ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 312. JAKOBS reconoce que el contexto puede hacer que un papel estereotipado, conforme a los usos sociales, ceda el paso al ajustarse a planes delictivos concretos. Por ejemplo, no responde por el delito de encubrimiento el abogado que explica, conforme a la legislación vigente, que el botín del delito que se transfiera a otro país se sustrae a la intervención de las autoridades alemanas, pues el sentido social de la información se agota solo en dar a conocer una situación jurídica. Otra cosa habrá de decidir si el togado sugiere en qué países se puede poner a buen recaudo el botín. JAKOBS, *PG*, 1997, 24/18, p. 846.

²¹² ROXIN, «¿Qué es la complicidad?», en ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, 2007, pp. 516-517.

²¹³ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 294.

²¹⁴ JAKOBS, *Teoría de la intervención*, 2016, p. 58.

²¹⁵ Como sucedió en el famoso caso del taxista fallado por la Sala Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú, de 7 de marzo de 2001 (no. 4166-99). El argumento de la absolución fue el ejercicio del rol social. Pero, en mi opinión, el caso es un ejemplo típico de «contexto caótico», en el que el rol de taxista pierde su significado inocuo.

según su experiencia y conocimiento, tipologías específicas para captar de manera oculta, sin llamar la atención de las autoridades de vigilancia y control.

- vii) El cliente de un banco que le solicita al funcionario autorizado el retiro de una fuerte suma de dinero de su cuenta de ahorros, para depositarlo en otra entidad bancaria de Centroamérica y así evadir los impuestos sobre los intereses generados. La solución debería ser distinta si el empleado bancario sostiene una relación de confianza con el cliente y realiza distintas maniobras de ocultación de la transferencia (vgr., realiza un depósito de esta suma a otro banco asociado, no a nombre del cliente sino bajo un código conocido por la institución, extrae el dinero y lo deposita en una cuenta en el exterior), pues las mismas no podrían haber sido obtenidas con la misma facilidad de otro empleado²¹⁶.
- viii) Tampoco entra a formar parte del injusto quien lava la ropa del secuestrado, porque tal conducta no puede ser vista como la conformación de la privación de la libertad en que consiste el secuestro: Quien lava la ropa se relaciona con el delito, pero no lo conforma, es decir, no lo integra con su conducta de lavar, mientras que sí lo hace quien vigila o quien informa del objetivo en concreto²¹⁷, ya que el injusto tiene que verse afectado o conformado por el comportamiento del interviniente.
- ix) Quien le sirve un café o cualquier otra bebida refrescante al ladrón decidido a sustraer una cosa mueble ajena tampoco se integra al injusto en estos casos, ya que el aporte no tiene la capacidad para «co-configurar el injusto», de forma útil y relevante; es decir, aquí solo es posible apreciar interacciones personales que no aportan nada útil a la configuración del injusto²¹⁸. RANSIEK explica, en relación con la entrega de bebidas o comidas al potencial autor, que estos favorecimientos inespecíficos inútiles al injusto y que apenas cubren las necesidades vitales del autor, deben quedar fuera del ámbito de prohibición penal²¹⁹. Por lo demás, la finalidad de servir comida es legal, ubicua y tiene sentido, con independencia de si el cliente renueva sus energías para delinquir.

En estos casos, el sentido delictivo no es inequívoco; el delito no define el entorno, porque la intermediación del uso permitido de la prestación no permite afirmar *prima facie* que el interviniente se haya adaptado o ajustado específicamente a una necesidad delictiva. Se trata de

²¹⁶ Por lo tanto, la prohibición dificultaría considerablemente la transferencia de capitales, siendo idónea para mejorar la situación del bien jurídico. GRECO, *Complicidad a través de acciones neutrales*, 2017, p. 189.

²¹⁷ MIRÓ LLINARES, «Imputación ¿objetiva? conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutras? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)», en RODRÍGUEZ (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, 2010, p. 322.

²¹⁸ «Semejante comportamiento, por una parte, no ha tenido que ser siquiera causal para la sustracción efectuada con violencia o intimidación de un objeto propiedad de una persona; y, por otra parte, tampoco ha supuesto ninguna utilidad en la lesión del bien jurídico como sí la hubiera supuesto, por ejemplo, la entrega de un medio para romper la caja fuerte donde estuviera guardado el objeto de valor que se sustrae». RUEDA MARTÍN, «De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Cuadernos de Política Criminal*, (115), 2015, p. 76. Para REYES ALVARADO, a partir de la teoría de la imputación objetiva, el comportamiento que despliega la persona con la intención de vulnerar la norma a través de la actuación colectiva debe ser útil al colectivo para la realización del riesgo desaprobado en el resultado. REYES ALVARADO, *Derecho Penal Contemporáneo*, (21), 2007, p. 24.

²¹⁹ RANSIEK, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003, p. 343.

contribuciones que representan utilidades objetivamente legales²²⁰, dentro del marco del riesgo permitido, en las que el sentido de la conducta no depende, en definitiva, de que el otro la prosiga delictivamente; de lo contrario, ya no habría prohibición de regreso, puesto que la prosecución delictiva no sería una consecuencia arbitrariamente impuesta por un tercero, sino el contenido que uno mismo elige para el comportamiento²²¹. BRENER clarifica, en ese sentido, que

La participación es punible cuando presenta un inequívoco sentido delictivo. La comprensión del sentido delictivo, situada en el plano del riesgo prohibido, toma como horizonte objetivo las utilidades propiciadas por el aporte del cómplice, de modo que, si el aumento del riesgo por parte del individuo crea para el autor una utilidad dirigida a la operatividad delictiva, hay un riesgo desaprobado. Sin embargo, si la conducta del individuo que incrementa el riesgo crea utilidades legítimas en el caso concreto, siendo éstas desviadas delictivamente por el autor, se niega el desvalor del riesgo. Más allá de esta utilidad legítima, es el delincuente quien desvía la utilidad del riesgo creado para usarlo delictivamente. En cuanto a la participación por omisión, el sentido delictivo se conforma con la violación de los deberes especiales cuando se configura la posición de garante²²².

A lo sumo, estas personas que intervienen en primer lugar, son causales respecto al suceso y saben, eventualmente, lo que va a suceder con su aportación; pero ello no es suficiente para vincularles con el resultado, porque una vez superado el juicio de idoneidad de la prohibición, el aporte debe ajustarse de tal modo que adquiera ese sentido social de posibilitar la ejecución, como cuando se presta algo especialmente adecuado para favorecerlo: por ejemplo, espiar a la víctima, buscar un escondite para guardar el botín, preparar una media para ocultar el rostro, conseguir un plano del lugar del delito, llevar instrumentos a dicho lugar, etc.²²³, son actos individuales que se valoran socialmente como parte de una actuación colectiva mucho más amplia. En materia de asesoramiento, por ejemplo, el servicio prestado puede tener un sentido distante del delictivo, como cuando el asesor brinda información general que podría haberse obtenido de otras fuentes y que se limita a exponer una situación u orden de cosas al margen de un hecho delictivo concreto; en este caso, el profesional expresa sus conocimientos técnicos con el fin de poner al cliente en una posición ideal para tomar las mejores decisiones. Otra cosa es el parecer que se adapta a peticiones del cliente definidas delictivamente²²⁴.

5.3. Casos límite: Situaciones de inminencia delictiva

Así mismo, se discute si ese sentido delictivo puede brotar de las circunstancias concretas, ya que la entrega de un objeto de uso cotidiano (vgr., una hoz, un cuchillo, un martillo, un destornillador etc.) puede adquirir sentido delictivo si su receptor está envuelto en una riña justo al frente del lugar en donde se facilita. Se trata de una configuración de la realidad en la cual la entrega resulta apta para la producción de un resultado típico. Al sustentar su opinión sobre el caso, JAKOBS

²²⁰ En este punto vienen a coincidir ROXIN, JAKOBS, KINDHÄUSER y RANSIEK. La conducta de quien actúa primero no depende de que la continúe la acción típica del ejecutor. Es decir, esa conducta tiene sentido sin esa acción del ejecutor. JAKOBS, *PG*, 1997, 24/15, p. 844. RANSIEK advierte que, en estos casos, el acto de colaboración es necesario para una finalidad legal, pero es aprovechado por el ejecutor simultáneamente para una finalidad ilegal. RANSIEK, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003, pp. 345-346.

²²¹ JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, 1997, p. 217.

²²² BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível*, 2021, p. 188.

²²³ JAKOBS, *La intervención delictiva*, 2016, p. 20.

²²⁴ ROBLES PLANAS, «Riesgos penales del asesoramiento jurídico», en EL MISMO, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, 2015, pp. 306-307; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, 2009, pp. 275-276; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, 2011, p. 550. Llevando el asunto a la asesoría fiscal, SILVA SÁNCHEZ considera que lo decisivo es la configuración objetiva de la conducta del asesor. SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2005, pp. 89-90.

sugiere un quiebre sorprendente frente a su teoría de la prohibición de regreso, porque hace depender la neutralidad del aporte de los conocimientos especiales del partícipe²²⁵. Es evidente que el interviniente se da cuenta de la situación, pero lo que hace es ajustarse a un contexto delictivo previamente dado, en el que el interviniente gestiona un riesgo especial.

Por lo tanto, si la ejecución del delito es inminente, reconocen JAKOBS, FRISCH y KINDHÄUSER que un contexto marcadamente delictivo puede influir en la desaprobación de una conducta, que es, en principio, socialmente adecuada²²⁶. De hecho, no es posible tratar del mismo modo el reintegro de dineros del empleado a un cliente decidido a cometer un delito de evasión de divisas, que la devolución a su propietario de un objeto idóneo para matar, en el instante en el que éste se encuentra golpeando a otra persona en medio de una riña²²⁷. Sin embargo, en estos casos límite se discute si la prestación ajustada a derecho (como la venta, el arriendo, el transporte, etc.) debería desaprobarse por otras razones, si concurren indicios concretos de una utilización delictiva que pueda afectar a una víctima de manera inminente. Para FRISCH, sería legítimo prohibir la conducta acudiendo a los principios del estado de necesidad, por lo que, solamente cuando se produzcan daños muy graves a bienes jurídicos en caso de no prohibirse la conducta del no responsable, puede ser admisible privar a este último de su libertad de acción²²⁸. La desaprobación, en estos casos, la reconducen algunos autores a las normas jurídico-penales que tipifican la infracción de deberes de solidaridad, como la omisión de denuncia de hechos punibles planeados (§ 138 StGB) y la omisión del deber de prestar ayuda (§ 323c StGB)²²⁹.

²²⁵ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 85-86; DIAS, «Los comportamientos neutrales en el derecho penal internacional penal: un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2013, p. 500.

²²⁶ JAKOBS, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho penal y sociedad*, 2010, p. 20. «A modo de ejemplo: la venta de una pala en una tienda para artículos de jardinería es algo inocuo; pero si delante de la tienda se está desarrollando una violenta pelea e irrumpen en aquella, personas que participan en esta, estando ya heridas, y requieren que se les dé rápidamente una pala, puede que ello sea distinto». JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, 2011, p. 92. Para KINDHÄUSER, el comienzo de ejecución implica la reducción del margen de acción, y con ello, también de las reservas de medios que el autor conoce y a los que tiene acceso para alcanzar su meta, por lo que cualquier objeto que se ponga a su disposición, puede ser de ayuda si incrementa las posibilidades de éxito del delito. KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, p. 121. En sentido similar, RANSIEK, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003, p. 336; PUPPE, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, 2001, pp. 134-135.

²²⁷ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 332.

²²⁸ Solo cuando la comisión de un hecho punible mediante otros es ya una posibilidad muy próxima y con ella la afectación de bienes ajenos significa un peligro real inmediato, puede legitimarse el recorte de las libertades individuales, sin que sus conductas hayan evidenciado una referencia delictiva de sentido. FRISCH, en EL MISMO, *Estudios de imputación objetiva*, 2012, pp. 110-111; EL MISMO, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 334. JAKOBS también admite que, en este caso, la víctima tendría derecho a evitar el daño de acuerdo con las normas de la legítima defensa o el estado de necesidad defensivo a costa del autor, en caso de que este no hubiese procurado dicha evitación. JAKOBS, «Representación del autor e imputación objetiva», en JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2002, p. 513.

²²⁹ FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 334. Para JAKOBS, un comerciante de cuchillos no puede vender, bajo amenaza de pena por omisión de socorro, a una persona que, acto seguido apuñalará con él a otra delante de la tienda. JAKOBS, en EL MISMO, *Estudios de derecho penal*, 1997, p. 217. Para CARO JOHN, la neutralidad de una conducta ajustada al rol social no elimina el deber de socorrer a la víctima de un riesgo inminente, o de avisar a la autoridad, según el artículo 127 del Código Penal peruano. Este deber consiste en hacer algo positivo en favor de la esfera de derechos sometida a una situación de necesidad. Por lo tanto, si la conducta neutra deja latente una situación de peligro para un tercero, su titular tiene el deber de socorrer o de auxiliar, porque las expectativas de conducta se dirigen, en ese caso puntual, a que actúe solidariamente en su deber de ciudadano. CARO JOHN, «Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso», en EL MISMO, *Normativismo e imputación jurídica penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, 2010, pp. 106-111. Para ROBLES PLANAS, en ese caso la conducta no crea ningún riesgo especial de continuación delictiva, porque la mera venta no es suficiente para el efecto, y no basta el principio de ejecución si no hay una configuración delictiva inicial por parte del primer interviniente; diferente sería la solución si el que vende es un transeúnte. Por ello, considera

En mi opinión, el inicio de la tentativa puede ser un dato relevante pero no definitivo, porque de lo contrario se terminarían prohibiendo algunas prestaciones que no tienen un sentido delictivo *per se*, a pesar de que se efectúen cuando el ataque va a suceder o está teniendo lugar²³⁰. Quien vende o presta un bolígrafo a quien pretende firmar un contrato y consumir una cuantiosa estafa, realiza una contribución ubicua al injusto cuya prohibición es inidónea para proteger el bien jurídico, mientras que el escribiente de un juzgado civil que redacta una sentencia prevaricadora, ejerce una función legítima ajustada a derecho, que resulta desviada arbitrariamente por el juez. Lo importante es el análisis del criterio de la adaptación a partir de la idoneidad y la utilidad exclusivamente delictiva de la prestación. En todo caso, es verdad que la inminencia puede ser un indicador del sentido delictivo, pues con ella se configura un contexto que traduce la urgencia de una necesidad exclusivamente delictiva, la cual difícilmente autorizaría el distanciamiento del potencial injusto. Por lo tanto, no se puede prestar una hoz o un cuchillo afilado de cocina a quien, en ese momento, estrangula violentamente a su mujer²³¹; el transeúnte tampoco puede dar un objeto semejante a quien tiene sometido por la fuerza a otra persona golpeada. El vendedor, a pesar de su rol social o de su libre capacidad para vender productos, interviene en un contexto en el que el cuchillo acaba teniendo una utilidad delictiva unívoca, delimitada y restringida por las circunstancias del caso, por lo que el comerciante se integra en el injusto, más no infringe un deber de solidaridad, el cual solo sanciona a quien, pudiendo, no se inmiscuye en el proceso de realización típica de otro²³².

Ciertamente, por fuera de estos casos de inminencia de lesión, hay otros en donde, si bien es imposible advertir una configuración cuyo único sentido racional posible sea facilitar el delito, subsiste el deber de socorrer o de denunciar los delitos planeados que lleguen a ser conocidos²³³. Pero estos deberes solidarios dependen de la legislación penal de los países; por ejemplo, teniendo en cuenta que el § 138 StGB prevé un tipo de omisión de denuncia a las autoridades o al amenazado potencial, sobre determinados delitos planeados (en el mismo sentido, el numeral 2º del artículo 450 del Código Penal español), si el pasajero, por cualquier medio, hace manifiesto su propósito de matar a alguien en el lugar de destino, el taxista puede –desde luego, si no ha

que, en los casos de inminencia del peligro, solo se podría hablar de la infracción de deberes de solidaridad, proponiendo, de *lege ferenda*, una modalidad agravada de la omisión de impedir determinados delitos, cuando el omitente hubiere ocasionado la situación en la que tuviera que intervenir para impedir el delito. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 306-309, 312-314.

²³⁰ Por ejemplo, sería interviniente en el injusto quien presta o vende un bolígrafo para que una de las partes firme un contrato, en el que uno de los contratantes pretende una cuantiosa estafa. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 311. Así mismo, el escribiente de un juzgado podría intervenir en el prevaricato del juez cuando redacta e imprime la sentencia definitiva, o el secretario de un atestado policial que recoge una declaración falsa, podría ser interviniente por el delito de falsa denuncia. Por el contrario, ha reconocido el Tribunal Supremo Español, que el secretario de un atestado policial, no es garante de que las personas que declaren en su presencia lo hagan verazmente. A pesar de la causalidad, se trata, en todo caso, de una acción neutral, «toda vez que no aumenta el riesgo de comisión del delito ni favorece al delito cometido por el que declara falsamente sobre una intervención policial». STS 189/2007, Penal, de 6 de marzo (ES:TS:2007:2516).

²³¹ En este caso, no parece razonable pensar en el actuar del prestamista otra explicación alternativa ajustada a derecho: el que interviene, hace algo más, posibilita el injusto mediante una conducta que, en el contexto de ejecución inminente del hecho, ya no puede tener un sentido legítimo de ejercicio de la libertad, pues se adapta a la necesidad del ejecutor. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 174.

²³² MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 174.

²³³ Incluso el Código Penal español (nm. 1, art. 450) se refiere al deber de impedir determinados delitos (frente a los bienes jurídicos de la vida, la integridad o salud, la libertad y la libertad sexual), sin riesgo propio o ajeno. El Código Penal colombiano no contempla la omisión de impedir delitos, ni la omisión del deber de denuncia de delitos planeados. Por el contrario, las modalidades de omisión de denuncia previstos en el Código Penal Colombiano de 2000 (arts. 219b, 417 y 441, *omisión de denuncia* en relación con delitos de explotación sexual, *abuso de autoridad por omisión de denuncia* del servidor público y *omisión de denuncia de particular* frente a ciertos delitos, respectivamente), tienen que ver con delitos consumados, más no con planeaciones de hechos punibles.

adaptado específicamente su actuación al injusto del cliente– responder penalmente por el tipo de omisión del deber de denunciar ese potencial hecho delictivo a las autoridades respectivas, si es que se abstiene de ello. Así mismo, si bien el comerciante puede vender el panecillo o el cuchillo, aun en la extrañísima eventualidad de que sepan de su utilización delictiva, deben denunciar el hecho delictivo planeado a las autoridades o impedirlo. En el caso colombiano, no sería descartable el delito de omisión de socorro (art. 131, C.P), salvo cuando el acto de la venta se adapte específicamente al hecho (vgr., si el vendedor sugiere un pan o un cuchillo especialmente eficaces para el efecto), ya que el vendedor en este caso se integra al injusto de homicidio.

a. El comienzo de la tentativa de las conductas inequívocamente delictivas

De todo lo dicho, es claro entonces que la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado supone, en materia de intervención, analizar la configuración concreta del aporte, para ver si implica el quebrantamiento de deberes de garante o si se ajusta específicamente al hecho delictivo posterior. Si la acción del interviniente, una vez superado el juicio de idoneidad, se ajusta preponderantemente a una conducta ajustada a derecho, que por lo mismo despliega una utilidad legítima, no puede ser típica aun cuando sea presupuesto causal para el desvío delictivo y el primer interviniente sospeche o sepa de ese desvío. Ahora, si la conducta del primer interviniente tiene un sentido inequívocamente delictivo, no parece aconsejable rebajar la importancia del hecho delictivo posterior²³⁴, es decir, el potencial injusto que prepara el ejecutor, por cuanto éste debe ser necesariamente conocido para que se pueda configurar la intervención delictiva dolosa.

Por lo tanto, ese sentido único de integración en el injusto (en el que el aporte ha quebrantado una prohibición idónea), teniendo en cuenta la actuación específica del primer interviniente, puede surgir cuando el hecho preexiste, es decir, si empieza a ejecutarse, o sobre un hecho que aparece como potencial injusto²³⁵. En el primer caso, cuando se inicia la tentativa, normalmente el hecho estará más definido para el colaborador en tanto pueda conocerlo, mientras que, en el segundo caso, puede ser más difícil admitir que el interviniente conforma el injusto, si éste aún no está configurado en sus elementos mínimos. Sin embargo, es posible que, antes de la tentativa, el potencial hecho ya esté configurado en sus elementos esenciales, como el bien jurídico a afectar, el sujeto pasivo y los medios comisivos para su ejecución, por lo que el aporte especialmente dispuesto del interviniente, en esa fase preparatoria, tendrá sentido únicamente como integración en el injusto²³⁶. Por lo tanto, si el tipo penal está iniciado o a punto de iniciarse, conductas inequívocamente delictivas tales como facilitar el arma, un objeto o alguna información relevante para la realización del injusto, pueden co-configurarlo, si se asume que cuanto más objetivada y cercana se encuentre la realización del tipo, más difícil le será al

²³⁴ Esto es lo que normalmente sucede en el análisis de las conductas que no tienen un sentido delictivo, pues se atiende más a su configuración concreta, que al conocimiento especial respecto al posible uso delictivo posterior. De hecho, ROBLES PLANAS cuestiona las teorías que analizan la referencia de sentido delictivo desde el punto de vista de la finalidad de la prestación para el autor, por su alto grado de imprecisión. En mi opinión, es difícil desligarse del hecho delictivo posterior, porque el criterio de la adaptación o ajuste exige, como correlato lógico, una necesidad delictiva a satisfacer o un contexto potencialmente delictivo al que reaccionar. Otra cosa es que, en aras de maximizar la libertad de actuación, se privilegie el análisis de la conducta del primer interviniente a pesar de los indicios de un uso delictivo, para crear un primer filtro en la imputación objetiva que descarte del ámbito del riesgo desaprobado, conductas que no se adaptan concretamente a ese contexto.

²³⁵ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 167.

²³⁶ MIRÓ LLINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 171.

favorecedor distanciarse jurídico-penalmente de su ejecución²³⁷, en tanto que, antes de la tentativa, no hay todavía injusto, pero sí un propósito delictivo que indica su probabilidad de realización, situación que es reconocible por el interviniente en el contexto en el que interactúa con el ejecutor²³⁸. En cualquier caso, el injusto de intervención exige, en quien interviene, aparte de su adaptación exclusiva, el conocimiento de la potencialidad lesiva del injusto que hace suyo mediante su contribución, siendo este el objeto del dolo que hay que probar en el proceso penal.

Integrarse en el injusto, como se dijo, es pasar a formar parte de él. El interviniente crea el injusto junto al ejecutor por medio de un comportamiento que, aisladamente considerado, no comunica la negación de la norma, sino solamente a partir de su puesta en relación con la conducta del ejecutor, quien exterioriza o hace público el tipo penal. La accesoriedad implica que el riesgo jurídicamente desaprobado pasa a ser típico para todos los intervinientes en el injusto colectivo cuando se inicia su ejecución, es decir, cuando esa actuación conjunta se valora como un ataque indebido al bien jurídico, que es apto para producir, en términos de probabilidad, su efectiva lesión. Por lo anterior, un contexto social en el que el interviniente ajusta específicamente su conducta conociendo el bien jurídico en riesgo, los potenciales afectados y el probable modo de ejecución del injusto, puede adjudicar al aporte el sentido inequívoco de posibilitar el tipo, siempre y cuando éste haya iniciado²³⁹.

Por consiguiente, la competencia por el injusto común depende de que pueda identificarse, según el contexto configurado, un sentido inequívocamente delictivo del aporte cuya única explicación posible es adaptarse o co-configurar el injusto, de modo que el significado de la conducta se extrae a partir de lo que éste sea para el ejecutor, quien en la fase ejecutiva externaliza esa lesión a la norma jurídico-penal²⁴⁰. Esto significa que la relevancia típica de la prestación supone que sea utilizada exclusivamente para una finalidad ilícita, la cual puede inferirse si se vale de objetos, documentos, información o consejo que, por su naturaleza y articulación con la

²³⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, «Límites de la participación criminal ¿Existe una "prohibición de regreso" como límite general del tipo en derecho penal?», en EL MISMO, *Imputación objetiva en derecho penal*, 2002, p. 401. En este escenario, es común que cualquier favorecimiento facilite el éxito del plan delictivo del autor, por lo que el sentido de la conducta se potencia por esa cercanía del aporte a la ejecución de tipo. De acuerdo con PUPPE, si el delito está a punto de iniciarse, la probabilidad de su realización se eleva considerablemente en caso de que el autor siga aferrado a su resolución criminal, por lo que puede decirse que el proveedor de los medios, en ese preciso momento, conoce de la inminente realización del delito y no puede auxiliar al autor. PUPPE, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, 2001, p. 134.

²³⁸ PUPPE, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, 2001, pp. 134-135.

²³⁹ No es necesario, sin embargo, que se conozcan todos los detalles del injusto del autor. Si bien el condenado a complicidad dolosa de asesinato en Auschwitz al realizar el servicio de rampa, «no conocía individualmente cada una de las muertes, sin embargo, esto tampoco es necesario para una complicidad, cuando el cooperador conoce el marco y la dimensión en que los asesinatos son ejecutados. Esto no solo vale para los ayudantes en el campo de concentración: quien entrega a un terrorista una bomba conociendo el propósito del uso de ésta se hace culpable como cómplice del asesinato cometido con ella, incluso si no conoce en detalle a la persona y el número de muertos». ROXIN, «Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz», en AMBOS/ZULUAGA (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, 2018, pp. 200-201.

²⁴⁰ Desde la perspectiva de la norma que castiga la complicidad dolosa en el StGB, dice KINDHÄUSER que «la pregunta de si un comportamiento ha de ser considerado complicidad únicamente se puede responder desde la perspectiva del sentido y fin de la acción principal». Por lo tanto, para que una conducta infrinja objetivamente la prohibición de complicidad, debe servir para alcanzar el fin delictivo definido por el autor. KINDHÄUSER, *Criminalia*, (86-3), 2020, pp. 111-112.

ejecución del hecho, adquieren *ex ante* un significado específico que no permite otra interpretación que la de una intervención ilícita, por el favorecimiento o refuerzo que brindan²⁴¹.

Como se puede inferir de todo lo dicho, el conocimiento de la realidad es indispensable para valorar si el sujeto hizo o no parte de la comunidad delictiva. Si bien lo correcto es defender una posición mixta del injusto de intervención que dé cabida sin prejuicios al lado subjetivo del conocimiento y al sentido único de integración en el injusto, que puede fungir como filtro para descartar la tipicidad de algunos casos, es evidente que si no es posible imputarle al sujeto el conocimiento de las circunstancias constitutivas del potencial injusto del autor y de las que hacen que su conducta no pueda interpretarse de otro modo que como integración en el injusto, es imposible imputarle el resultado típico. Esa realidad representada, es la única que puede ser valorada jurídicamente, junto con lo que el sujeto representador hizo. De esto es consciente ROBLES PLANAS, quien defiende, a nuestro modo de ver correctamente, un criterio objetivo de imputación del hecho al interviniente en el estadio previo, reconociendo que solo los conocimientos vinculados a estas exteriorizaciones desaprobadas son relevantes²⁴².

Con un elemental argumento filosófico puede ilustrarse el punto y resaltarse, una vez más, la importancia de la representación del sujeto. No hay objeto sin sujeto, pues ningún objeto se deja pensar sin contradicción al margen del sujeto, por lo que no es viable esa realidad del mundo que se quiere explicar al margen de toda representación. En síntesis, siguiendo a SCHOPENHAUER, «el mundo de los objetos es y sigue siendo representación, por lo que está eternamente condicionado por el sujeto»²⁴³. Ya que es imposible imaginarse el mundo independientemente del sujeto, también es inconcebible integrarse en el injusto sin un sujeto que pueda representarse esa integración, porque como considera FRISCH, la referencia de sentido delictiva es «el elemento caracterizador de la tipicidad *sub especie* de los delitos de resultado, debiendo estar por tanto abarcada por el dolo»²⁴⁴. Sin duda, este aserto no es para nada novedoso, ya que los esquemas del delito se han visto determinados por él: desde el finalismo, según el cual donde no hay dolo es imposible que aquello que se realice en el mundo exterior pueda merecer el calificativo de realización del tipo objetivo doloso²⁴⁵, hasta las más recientes teorías de la imputación objetiva, que en el tipo subjetivo excluyen del injusto conductas jurídicamente desaprobadas imposibles de imputar subjetivamente, por falta de conocimiento o voluntad.

²⁴¹ YACOBUCCI, «Intervención en el delito y conducta neutral», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70*, 2019, p. 626.

²⁴² ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 66.

²⁴³ «Todo lo que existe para el conocimiento, el mundo entero, por tanto, solo es objeto en relación con el sujeto, intuición del que intuye, en una palabra, representación». SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, I, 2019, p. 114. SCHOPENHAUER refuta al materialismo, «que coloca la materia, así como con ella el tiempo y el espacio como consistentes sin más y salta por encima de la relación con el sujeto, en la cual es donde únicamente existe todo esto». SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, I, 2019, pp. 147-148. Para KANT, «si se elimina al sujeto pensante, debe quedar suprimido todo el mundo corpóreo, que no es nada sino el fenómeno de la sensibilidad de nuestro sujeto, y una especie de representaciones de él». KANT, *Crítica de la razón pura*, 2011, p. 372. En la segunda edición de la *Crítica*, los objetos solo son posibles gracias a la sensibilidad del sujeto: «la capacidad (receptividad) de recibir representaciones gracias a la manera como somos afectados por objetos, se llama sensibilidad. Por medio de la sensibilidad, entonces, nos son dados los objetos, y solo ella nos suministra las intuiciones; pero por medio del entendimiento ellos son pensados, y de él surgen conceptos». KANT, *Crítica de la razón pura*, 2011, p. 71.

²⁴⁴ Entiéndase aquí, de la tipicidad en los supuestos de complicidad en los delitos de resultado. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, 2011, p. 305, nota 187.

²⁴⁵ RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, 2002, p. 21.

6. Conclusiones

Recapitulando lo dicho hasta aquí, puede concluirse que el conocimiento de la aptitud lesiva del hecho es relevante para la valoración del injusto de intervención, porque decanta el objeto a valorar, esto es, la realidad conocida por el sujeto. Pero esto no implica una subjetivización del tipo objetivo, porque la creación del riesgo desaprobado es una valoración normativa que debe partir de esa realidad conocida. Ahora bien, también es necesario verificar que la contribución del interviniente fue idónea para afectar al bien jurídico y tuvo, como único sentido social inequívoco, sumarse al injusto. Cuando surge la convergencia entre el aporte concreto y el injusto, esa actuación en conjunto configura un riesgo jurídicamente desaprobado que debe realizarse en el resultado. Por lo tanto, hay que analizar a continuación si la conducta de los intervinientes estuvo orientada a quebrantar la norma penal finalmente vulnerada por esa actuación colectiva, o si tal quebrantamiento fue debido a una actuación meramente imprudente. Por esta razón, resulta imprescindible indagar por el dolo o la imprudencia. No basta con la acreditación del sentido único de integración en el injusto, se debe comprobar el conocimiento de la aptitud lesiva del hecho por parte de quien se integra, ya que si éste no es acreditado, es imposible hablar de integración dolosa, y por lo tanto, de una realización del riesgo desaprobado en el resultado doloso.

El criterio del sentido único de integración en el injusto permite valorar toda clase de supuestos en los que un número plural de personas interviene en la lesión de la vigencia de la norma jurídico-penal. El conocimiento es condición necesaria, pero no suficiente para configurar la intervención delictiva, porque en un primer momento indica la realidad a valorar, que no es otra que aquella efectivamente conocida por el sujeto. Una vez delimitada la realidad, se valora conforme a criterios valorativos si la misma creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado. En esta valoración puede que lo que haya sabido el interviniente no sea suficiente para la imputación objetiva, porque sabiendo, no hizo lo que presupone socialmente una integración en el injusto, es decir, una configuración de su propia conducta cuya única explicación racional posible es hacer parte del injusto. Esto puede suceder con las conductas que se explican como ejercicio preponderante de acciones socialmente permitidas.

Por el contrario, la conducta típica de intervención se configura si, tras el análisis del contexto, es posible interpretar que el sujeto, sabiendo lo que hace, se ajusta específicamente al proyecto de injusto puesto en marcha por el segundo interviniente. Pero para que al interviniente pueda imputársele ese injusto común, debe necesariamente conocerlo para completar el juicio de imputación objetiva desde la perspectiva normativista planteada, porque si el sujeto desconoce esa creación jurídicamente desaprobada de riesgo, sería imposible realizar el segundo nivel del juicio, a saber, la realización de ese riesgo en el resultado, entendido este como quebrantamiento de la vigencia de la norma a título de dolo; excepcionalmente, podría sancionarse el defecto de conocimiento del interviniente que originó la integración en el injusto, pero que habría podido superarse con mayor atención y diligencia (imprudencia).

También habrá que valorar su conducta según las normas de la parte general del Código Penal que delimitan las distintas formas de intervención en el delito, las cuales conminan a la no realización directa del hecho y a no integrarse en el proceso de puesta en peligro de bienes jurídicos llevado a cabo por otro. Para ello, es importante atender al significado comunicativo

que tiene el aporte en la configuración del hecho típico, para fijar su importancia y así poder calificar esa conducta como coautoría o complicidad²⁴⁶.

Por último, quisiera recalcar de nuevo el rol del conocimiento que pueda albergar el sujeto sobre la posible utilización delictiva de su prestación. El conocimiento no reemplaza el juicio de imputación objetiva, pero permite tener noticia de la realidad conocida que debe ser objeto de valoración. El conocimiento de lo que la persona sabía es condición necesaria para acceder a la realización del juicio normativo de imputación objetiva, porque solamente puede ser objeto de imputación aquello que el sujeto hizo, sabiendo. Ahora bien, si lo conocido acota la realidad a valorar, se debe verificar si el acto configurado conocido reúne las propiedades examinadas que hacen que el aporte tenga un sentido de integración en el injusto, porque si en efecto las reúne, se configura la intervención delictiva dolosa; si evaluado lo conocido por el sujeto, se concluye que actuó sin saber que estaba integrándose a un injusto, no podrá serle imputado el injusto típico de intervención, aunque de manera excepcional el defecto de conocimiento vencible del interviniente que originó la integración en el injusto común podría considerarse para imputar una intervención imprudente, si se valora que ese error hubiera podido superarse con mayor diligencia. Finalmente, si el primer sujeto sabe que su conducta sirve causalmente para que un tercero adopte un plan delictivo, pero no cumple con las condiciones objetivas para imputarle el resultado típico, a pesar de ese saber, no estará creando un riesgo jurídicamente desaprobado. Así las cosas, el criterio patrocinado es mixto, porque admite que el conocimiento habrá de valorarse para evaluar estas diferentes situaciones, pero no es un factor constitutivo para la definición del injusto (sí condición para su valoración), porque el sujeto puede creer o pensar que aporta a un injusto, sin que lo configurado por él revista los criterios normativos que hacen que su conducta sea típica. Además, si el defecto de conocimiento fue invencible, no habría tampoco un injusto colectivo que imputar.

7. Bibliografía

AMBOS, «La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (8), 2001.

AMELUNG, «Die „Neutralisierung“ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands», en VV.AA, *Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999.

BLANCO CORDERO, *Límites a la participación criminal. Las acciones neutrales y la participación en el delito*, Comares, Granada, 2001.

BRENER, *Ações neutras e limites da intervenção punível. Sentido delitivo e desvalor do comportamento típico do cúmplice*, Marcial Pons, Rio de Janeiro, 2021.

CAMARGO, «Do concurso de pessoas», en SOUZA (coord.), *Código penal comentado*, Thomson Reuters, São Paulo, 2020.

CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de teoría del delito*, Ara, Lima, 2014.

²⁴⁶ Una vez constatada la presencia de un hecho objetivamente imputable a los diversos intervinientes, hay que averiguar, de aquellas posiciones desde las que se ha configurado el hecho, aquellas «a las que se pueda atribuir este de manera primaria o preferente en función del significado de las aportaciones para el hecho». ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 268.

———, «Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso», en CARO JOHN, *Normativismo e imputación jurídica penal. Estudios de derecho penal funcionalista*, Lima, Ara, 2010.

CUELLO CONTRERAS, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», *Cuadernos de política criminal*, (97), 2009.

DIAS, «Los comportamientos neutrales en el derecho penal internacional penal: un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional», *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 2013, p. 500 ss.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Leyer, Bogotá, 2009.

FEIJÓO SÁNCHEZ, *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, B de f, Buenos Aires-Montevideo, 2009.

———, «Límites de la participación criminal ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en derecho penal?», en EL MISMO, *Imputación objetiva en derecho penal*, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2002.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Ibáñez, Bogotá, 2011.

FRISCH, «Complicidad mediante acciones neutrales-Reflexiones sobre el fundamento penal (de la configuración del injusto) de la complicidad-», trad. por Rojas, en FRISCH, *Estudios de imputación objetiva*, Abeledo Perrot, Santiago de Chile, 2012.

———, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, trad. por CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2011.

———, «Delito y sistema del delito», trad. por Robles Planas, en WOLTER/FREUND (eds.), *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

GARCÍA CAVERO, *Derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., Ideas solución editorial, Lima, 2019.

GONZÁLEZ LILLO, *Autoría y participación como criterios de imputación. Una aproximación a su objeto, fundamento y estructura*, Atelier, Barcelona, 2023.

GRECO, *La teoría de la imputación objetiva. Una introducción*, trad. por Espejo, Zela, Lima, 2021.

———, «Punição de cumplicidade por meio de ações neutras apenas em caso de alta probabilidade do fato principal? Reflexões por ocasião de uma decisão do Bundesgerichtshof (5 StR 468/12)», en GRECO, *As razões do direito penal. Quatro estudos*, org. y trad. por Viana/Montenegro/Gleizer, Marcial Pons, São Paulo, 2019.

———, *Complicidad a través de acciones neutrales: la imputación objetiva en la participación*, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.

JAKOBS, *Teoría de la intervención*, trad. por Pastor Muñoz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

———, *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. por Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

———, «La intervención delictiva», trad. por Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de imputación*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

———, «Representación del autor e imputación objetiva», trad. por Suárez González, en JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, 2.ª ed., Editorial Porrúa, México D.F., 2006.

———, «Accesoriedad sobre los presupuestos de la organización en común», trad. por Cuadrado, en JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, Editorial Porrúa, México D.F., 2002.

———, «El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», en JAKOBS, *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, trad. por Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.

———, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2.ª ed., trad. por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

———, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del “riesgo permitido”, la “prohibición de regreso” y el “principio de confianza”», trad. por Peñaranda Ramos, en JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

———, «Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico», trad. por PEÑARANDA RAMOS, en JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, t. II, 5.ª ed., trad. por Olmedo Cardenete, Instituto pacífico, Lima, 2014.

KANT, *Crítica de la razón pura*, trad. por CAIMI, Fondo de cultura económica, México D.F., 2011.

———, *La metafísica de las costumbres*, trad. por Cortina/Conill, Altaya, Barcelona, 1993.

KINDHÄUSER, «Complicidad y actuar profesional», trad. por PASTOR MUÑOZ, *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, (86-3), 2020.

———, «El tipo subjetivo en la construcción del delito», *InDret*, (4), 2008.

———, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, trad. por Cancio Meliá, *Revista penal*, (11), 2003.

LANDA GOROSTIZA, *La complicidad delictiva en los negocios. Contribución al límite mínimo de la participación frente a actos neutros*, Comares, Granada, 2002.

LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. por Sánchez-Vera/Gómez-Trelles, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

LUZÓN PEÑA, *Derecho penal. Parte general*, 3.ª ed., B de f, Buenos Aires, 2016.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, trad. por Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.

MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MIRÓ LLINARES, *Conocimiento en imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona, 2009.

———, «Imputación ¿objetiva? conocimientos ¿especiales? y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)», en RODRÍGUEZ (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2010.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 7.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

NAUCKE, «Sobre la prohibición de regreso en derecho penal», trad. por Cancio Meliá/Sancinetti, en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

OROZCO LÓPEZ, «La graduación de la intervención delictiva», *InDret*, (2), 2021.

OTTO, «Diagnosis causal e imputación del resultado en derecho penal», trad. por Cancio Meliá/Sancinetti, en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990.

PÉREZ MANZANO, «Neutralidad delictiva y blanqueo de capitales: el ejercicio de la abogacía y la tipicidad del delito de blanqueo de capitales», en BAJO FERNÁNDEZ/BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, Ara, Lima, 2008.

PUPPE, *La imputación objetiva presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*, trad. por García Caverro, Comares, Granada, 2001.

RACKOW, *Neutrale Handlungen als Problem der Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2007.

RANSIEK, «Colaboración neutral en organizaciones formales», trad. por MEINI MÉNDEZ, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (4), 2003.

REYES ALVARADO, *El delito de tentativa*, B de f, Buenos Aires, 2016.

———, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Derecho Penal Contemporáneo* (21), 2007.

———, «Ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito», *Revista General de Derecho Penal*, (9), 2008.

ROBLES PLANAS, «Riesgos penales del asesoramiento jurídico», en ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y derecho penal económico*, B de F, Buenos Aires, 2015.

———, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012.

———, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

———, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ROCA DE AGAPITO, *Las acciones cotidianas como problema de la participación criminal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ROXIN, «Complicidad en el asesinato por medio del servicio en el campo de concentración de Auschwitz», trad. por Zuluaga, en AMBOS/ZULUAGA (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*, Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL), Göttingen, 2018.

———, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 9.^a ed., trad. por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2016.

———, *Derecho Penal. Parte general*, t. II, trad. por Luzón Peña/Paredes Castañón/Díaz y García Conlledo/de Vicente Remesal, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2014.

———, «La idea del bien jurídico en la teoría del injusto penal», en ROXIN/POLAINO/POLAINO-ORTS, *Política criminal y dogmática penal*, Grijley, Lima, 2013.

———, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal». trad. por Luzón Peña, en ROXIN, *Sistema del hecho punible /1. Acción e imputación objetiva*, Hammurabi, Buenos Aires, 2013.

———, «¿Qué es la complicidad?», en ROXIN, *La teoría del delito en la discusión actual*, trad. por Abanto Vásquez, Lima, Grijley, 2007.

———, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der verbrechenslehre*, 4.^a ed., Verlag C.H. Beck, München, 2006.

———, «Observaciones sobre la prohibición de regreso», trad. por Cancio Meliá/Sancinetti, en NAUCKE/OTTO/JAKOBS/ROXIN, *La prohibición de regreso en derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

———, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, trad. por Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 1997.

RUEDA MARTÍN, «De nuevo sobre la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso», *Cuadernos de Política Criminal*, (115), 2015.

———, «Complicidad a través de las denominadas acciones cotidianas», *Derecho Penal Contemporáneo*, (3), 2003.

———, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

SACHER DE KÖSTER, *Evolución del tipo subjetivo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

SÁNCHEZ-OSTIZ, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, B de f, Montevideo, 2008.

SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

SCHOPENHAUER, *El mundo como voluntad y representación*, t.1, trad. por Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2019.

SCHÜNEMANN, «Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva», trad. por Sacher De Köster, en SCHÜNEMANN, *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*, Ibáñez-Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona, 2005.

———, «Informe sobre las discusiones», en ROXIN/JAKOBS/SCHÜNEMANN/FRISCH/KOHLER, *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra)*, Madrid, Civitas, 2000.

STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4.ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

VACCHELLI, «La aportación individual a la obra colectiva», *InDret*, (3), 2021.

———, *Intervención delictiva. Significado y función del principio de accesoriedad*, tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra, 2018.

VAN WEEZEL, «Coautoría», en VAN WEEZEL, *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

WEIGEND, «Los límites de la complicidad punible», trad. por Guanarteme Sánchez, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), 2002.

WELZEL, *Estudios de derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2002.

———, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11.ª ed., trad. por Bustos/Yáñez, Ediciones jurídicas del sur, Santiago de Chile, 1980.

———, «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (58), 1939.

WESSELS/BEULKE/SATZGER, *Derecho penal parte general. El delito y su estructura*, trad. por Pariona, Instituto pacífico, Lima, 2018.

WOHLERS, «Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?», trad. por Caro John, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (27-80), 2006.

YACOBUCCI, «Intervención en el delito y conducta neutral», en BÖSE/SCHUMANN/TOEPEL (hrsg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Nomos*, Baden-Baden, 2019.

WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, trad. por García/Moulines, Gredos, Madrid, 2017.

———, *Los cuadernos azul y marrón*, trad. por Gracia, Tecnos, Madrid, 1976.

El diseño de alternativas penales con perspectiva de género

Vicenta Cervelló Donderis
Universitat de València

Sumario

La discriminación que sufren las mujeres en prisión por la existencia de peores condiciones de cumplimiento que los hombres justifica reducir al máximo el uso de la prisión mediante una mayor utilización de alternativas penales. Con el fin de garantizar que las mujeres accedan a las alternativas en condiciones de igualdad, un análisis de género requiere comprobar si los tipos penales que las permiten esconden una selección masculinizada de conductas y, con relación a los criterios de aplicación, si se han tenido en cuenta las especiales circunstancias que acompañan a la delincuencia femenina y se han previsto contenidos específicos que atiendan sus necesidades. El estudio se centra en los trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de la ejecución de la pena como paradigma de alternativas comunitarias especialmente adecuadas para la reinserción social de las mujeres.

Abstract

The discrimination suffered by women in prison due to the existence of worse conditions than men justifies minimising the use of imprisonment through a greater use of alternatives to imprisonment. In order to ensure that women have equal access to alternatives, a gender analysis requires checking whether the criminal offences that allow them hide a masculinised selection of behaviours and, with regard to the criteria for their application, whether the special circumstances that accompany female offenders have been taken into account and whether specific content has been provided to meet their needs. The study focuses on community service and suspended sentences as a paradigm of community alternatives that are particularly suitable for the social reintegration of women.

Title: *The Design of Gender-Sensitive Penal Alternative*

Palabras clave: alternativas penales, sanciones comunitarias, mujeres, género, discriminación.

Keywords: *prison alternatives, community sanctions, women, gender, discrimination*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.10

1.2026

Recepción
15/07/2025

-

Aceptación
04/12/2025

-

Índice

-

1. El marco de las alternativas penales

1.1. Precisión terminológica

1.2. Alternativas y control social

2. La doble perspectiva de género en las alternativas

2.1. El acceso a las alternativas en condiciones de igualdad

2.2. La protección a la víctima con criterios de género

3. Igualdad y no discriminación en las sanciones alternativas

3.1. Necesidad de alternativas para paliar la situación penitenciaria de las mujeres

3.2. Diferenciación y sexismo en la previsión legal de las sanciones comunitarias

3.3. El factor género en la valoración de las circunstancias individuales

3.4. Adecuación de los programas formativos a las necesidades de género

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. El marco de las alternativas penales*

1.1. Precisión terminológica

La amplitud del concepto de alternativas penales permite considerar como tales a aquellas figuras que evitan la imposición de una pena de prisión, las que dejan en suspenso el ingreso en prisión de una pena ya impuesta e, incluso, las que facilitan la excarcelación anticipada¹. En el primer caso, es el legislador el que permite cubrir un espacio que antes ocupaba la pena de prisión a través de la creación de penas no privativas de libertad o mediante instrumentos legales que flexibilizan su imposición; en el segundo, mediante la suspensión de la ejecución de la pena, los órganos judiciales pueden limitar el ingreso en prisión a los casos estrictamente necesarios y, finalmente, en el ámbito de la ejecución, la legislación penitenciaria dispone de figuras que permiten facilitar la excarcelación anticipada mediante fórmulas de cumplimiento en régimen semiabierto. Esta variedad de figuras dificulta que se pueda encontrar un término unitario que abarque sus respectivas diferencias, siendo la denominación de alternativas la más utilizada, lo que no impide las reticencias que provoca su enfoque negativo en alusión a su función de evitar la entrada en prisión², o que acabe destacando un indeseable protagonismo de la prisión, frente al papel subsidiario del resto de figuras punitivas³.

El desarrollo en los últimos años de una serie de figuras sancionadoras no privativas de libertad que nutren sus contenidos de la exigencia de comportamientos de las personas penadas, recogidos en un plan de actividades programadas, y que necesitan de la colaboración de los recursos sociales comunitarios y la supervisión de los órganos judiciales, ha dado lugar a que se extienda la referencia a ellas como sanciones comunitarias, poniendo el foco en los elementos que comparten⁴.

Este concepto de sanciones comunitarias es restrictivo, porque no alcanza a todas las sanciones no privativas de libertad, sino solo a las que cumplen los anteriores requisitos, pero, al mismo tiempo, es extensivo al incluir figuras que no son propiamente sanciones, sino más bien, modalidades de ejecución dirigidas a impedir el ingreso en prisión o aliviar su cumplimiento⁵. Desde esta premisa de sanciones comunitarias se podrían hacer dos grupos de figuras, de un lado, aquellas que son una alternativa legal a la imposición o cumplimiento de la pena de prisión y, de

* Vicenta Cervelló (vicenta.cervello@uv.es). Trabajo realizado en el marco del Proyecto de I+D+I Modalidad «Generación del Conocimiento» 2021, «Estudio crítico del uso de sanciones alternativas penales: una mirada a la salud mental y al género» PID2021-126236OB, financiado por MCIN/AEI 10.13039/501100011033/ y por «FEDER una manera de hacer Europa», IPs Vicenta Cervelló Donderis y Asunción Colás Turégano.

¹ CID MOLINÉ, «El futuro de las alternativas a la prisión», *InDret*, 1, 2025, p. 269.

² VILLACAMPA ESTIARTE/TORRES ROSELL, «El nuevo régimen de ejecución de las sanciones alternativas a la prisión», *Revista Derecho y proceso penal*, nº 27, 2012, p. 228.

³ GUARDIOLA GARCÍA, «Las penas comunitarias en el sistema español: sobre las “alternativas a la prisión”», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26-04, 2024, p.2.

⁴ VASILESCU, *Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género*, 2022, p. 60 describe con características similares el modelo de medidas penales alternativas seguido en Cataluña.

⁵ Esta definición amplia la recoge la Recomendación CM/Rec (2017) 3 relativa a las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 22 de marzo de 2017 que las define como «sanciones y medidas que mantienen al imputado o autor de la infracción dentro de la comunidad y que implican ciertas restricciones de su libertad por medio de pronunciamiento de condiciones y/o obligaciones...», así como las que consisten en aplicar una pena de prisión fuera de un establecimiento penitenciario».

otro, aquellas que desde el propio medio penitenciario permiten la reducción de los efectos nocivos de la prisión mediante el adelantamiento de la excarcelación. Por integrarse el segundo grupo en el seno del cumplimiento penitenciario, lo que le permite tener un desarrollo reglamentario específico que delimita su forma de ejecución, nos vamos a centrar en el primero por reunir diversas figuras sancionadoras cuyo especial interés se debe al desarrollo alcanzado en los últimos años, pese a su deficiente regulación⁶, a que su gestión se atribuye a órganos dependientes de la Administración penitenciaria, pese a tratarse de figuras no privativas de libertad, y a que su eficacia está vinculada a mecanismos de seguimiento, todavía poco desarrollados.

Como paradigma de este primer grupo de figuras penales, la pena de trabajos en beneficio de la comunidad y la suspensión de la ejecución de la pena, desde planos totalmente distintos, permiten fórmulas sancionadoras de cumplimiento comunitario en medio abierto, entendiendo como tal, la participación de la persona penada en programas de tratamiento o la realización de tareas de utilidad social, lo que deja fuera de este contexto a la pena de multa por su menor contenido social y comunitario, pese a su indiscutible función de alternativa a la privación de libertad⁷. Uno de los elementos esenciales de estas figuras es su dependencia del Servicio de gestión de penas y medidas alternativas (en adelante SGPMA) de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias que ha asumido la competencia de diseñar el programa de ejecución que deban cumplir los condenados a pena de trabajos en beneficio de la comunidad y el de elaborar, supervisar y controlar el plan de intervención y el seguimiento de las penas suspendidas.

Por lo que respecta a las figuras que operan desde la fase de ejecución, el sistema penitenciario dispone de diversos instrumentos con una larga experiencia para reducir el impacto de la prisión, lo que se consigue a través de figuras que atenúan el cumplimiento facilitando la excarcelación, siempre bajo la supervisión de Instituciones Penitenciarias, aunque para su buen funcionamiento necesiten también del apoyo y colaboración del sector comunitario.

Partiendo de la base de que tan importantes son los medios que evitan el ingreso en prisión, como los que facilitan su salida anticipada, resulta necesario contar con un sistema sólido de medidas que plasme las diferencias entre las distintas fórmulas disponibles para eludir el ingreso o permanencia en un centro penitenciario, profile sus contornos para dotarlas de contenidos menos represivos y de mayor enfoque social e integrador, y reconozca la importancia del contexto comunitario como escenario donde facilitar y normalizar la reinserción social⁸.

Impedir el ingreso o acortar el tiempo de estancia en prisión mediante el mayor uso de medidas en medio abierto requiere de una red de recursos sociales en el exterior que sea capaz de dotar de contenido al periodo de cumplimiento y, además, dar cuenta de sus resultados, porque el nivel de exigencia social de las alternativas al encierro puede resultar mayor que el que se deriva de la pena de prisión, especialmente por el recelo que despierta cualquier excepción al cumplimiento

⁶ Se cuenta en la actualidad con la regulación del CP, su desarrollo en el RD 840/ 2011 de 17 de junio y diversas normas internas de Instituciones Penitenciarias como Circulares e Instrucciones y Documentos Penitenciarios.

⁷ Siempre sin olvidar su posible conversión en privación de libertad como consecuencia de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

⁸ SOLAR CALVO, «Medidas alternativas y sistema penitenciario. Acumulación versus alternatividad», *Revista General de Derecho Penal*, nº 32, 2019, p.2.

penitenciario tradicional. La principal causa de ello es la falta de confianza de los operadores jurídicos en estas figuras y la complejidad de las estructuras sociales sobre un frágil sistema de alternativas que, en ocasiones, producen el efecto pernicioso de aumentar el control social incrementando la presión penal⁹. Todo ello lleva a que el estigma de la excarcelación pueda producirse también tras el cumplimiento de las penas comunitarias, habida cuenta de los obstáculos a los que se enfrentan quienes las cumplen en el tránsito a su integración social.

Pese a ello, algunos factores han contribuido a mejorar la viabilidad de las alternativas penales, siendo un buen ejemplo de ello la evolución de los trabajos en beneficio de la comunidad en lo relativo a su aplicación y cumplimiento. Con relación a su aplicación judicial, como consecuencia de diversas reformas legales producidas desde 2003¹⁰, los trabajos en beneficio de la comunidad han dejado progresivamente de ser una pena meramente sustitutiva para pasar a actuar como pena principal, si bien de carácter alternativo por la necesidad de consentimiento de los penados, con especial aplicación en un grupo de delitos de alta incidencia como son los delitos de violencia de género y los delitos contra la seguridad vial. Por lo que respecta a su ejecución, la ampliación de contenidos de esta sanción, al añadir la posibilidad de realizar programas formativos, de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares ha facilitado su cumplimiento, potenciando su función resocializadora¹¹.

Una evolución similar se ha producido con la suspensión de la ejecución de la pena, al superar la desconfianza que generaba la renuncia al ingreso en prisión por la falta de contenidos claros durante el periodo de suspensión, lo que ha mejorado con la modificación de sus requisitos legales, pero también, especialmente, con la condición obligatoria del cumplimiento de programas formativos en los delitos de violencia de género que provoca que estas conductas delictivas concentren la gran mayoría de penas suspendidas con reglas de conducta¹².

Hace unas décadas era una opinión generalizada que no se aprovechaban al máximo las distintas vías abiertas por el Código penal para evitar o acortar el cumplimiento de la pena de prisión, lo que ha dado un giro en los últimos años si se tiene en cuenta que, frente a 47.083 personas privadas de libertad en las prisiones españolas dependientes de la Administración General del Estado, existen más de 100.000 que cumplen su pena en el ámbito de las alternativas de la prisión por tener suspendida su ejecución o estar cumpliendo pena de trabajos en beneficio de la comunidad¹³. Las cifras son cambiantes aunque han adquirido una cierta estabilidad tras el paréntesis de la pandemia¹⁴, pudiendo afirmarse que la mayoría de penas de prisión no se ejecutan, por ser suspendidas o sustituidas, dando lugar a que solo se cumpla efectivamente un

⁹ SOLAR CALVO, *RGDP*, n° 32, 2019, pp.3 y 4.

¹⁰ Entre ellas la L.O.11/2003 de 29 de septiembre, L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, L.O. 1/2004 de 28 de diciembre y L.O. 15/2007 de 30 de noviembre.

¹¹ VIDALES RODRÍGUEZ, «Trabajos en beneficio de la comunidad», en ÁLVAREZ GARCÍA/GONZÁLEZ CUSSAC, (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, 2010, p.107.

¹² Secretaría general de instituciones penitenciarias, *Informe General 2023*, p. 189.

¹³ Datos referidos a 31 diciembre de 2023, SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Informe General 2023*, p.24 y 181.

¹⁴ Si bien es cierto que estas cifras bajaron en 2021 respecto a años anteriores como consecuencia del estado de alarma decretado por la pandemia AEBI/HASHIMOTO, *SPACE II-2022*, Council of Europe Annual Penal Statistics: Persons under the supervision of probation agencies, Consejo de Europa, 2022, p.34 y 74, posteriormente se estabilizaron AEBI/COCCO/HASHIMOTO, «Probation and prisons in Europe 2022: Key findings of the SPACE reports», *Series UNILCRIM*, 2023, 3, 2022, p. 12.

20,6% de las penas de prisión impuestas¹⁵. En esta reducción de la pena de prisión y correspondiente aumento de alternativas penales, también ha influido la evolución cualitativa de la delincuencia que ha visto en los últimos años como descienden los delitos más graves y aumentan los menos graves en los que la pena de prisión no se ejecuta¹⁶, lo que explicaría también que la elevada tasa de encarcelamiento española sea más bien consecuencia de una excesiva prolongación del encarcelamiento por las escasas posibilidades de excarcelación anticipada.

Estos sorprendentes datos por sí mismos podrían ser optimistas, si no fuera porque en el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad se aplica a escasas tipologías delictivas y porque, en el caso de las suspensiones, se trata en su mayoría de suspensiones desprovistas de condiciones específicas, habiendo en ambos casos poca información sobre los efectos de cumplimiento en orden a conocer sus contenidos, nivel de seguimiento y cumplimiento, eficacia respecto a la prevención de la reincidencia y aplicación con factores de género.

Este último aspecto es en el que se va a centrar la atención del trabajo, porque la progresiva evolución de las sanciones comunitarias exige una reflexión sobre su viabilidad para evitar ingresos penitenciarios innecesarios o estancias más prolongadas de las imprescindibles en prisión, pero también sobre su adecuación a los principios constitucionales, especialmente los principios de proporcionalidad, igualdad y reinserción social. En este sentido, en cualquier estudio de estas sanciones alternativas resulta necesario incorporar un análisis desde la perspectiva de género para desvelar si el legislador ha tenido en cuenta las necesidades específicas de las mujeres de forma que les permitan disfrutarlas en condiciones de igualdad con los hombres y si, en sus contenidos comunitarios, se han adoptado medidas para evitar la discriminación.

El trabajo, por tanto, desde las investigaciones que afirman que las mujeres cumplen la pena de prisión en peores condiciones que los hombres, se plantea si las alternativas penales previstas para aliviar la aflictividad de la prisión deben contemplar sus necesidades específicas para que les alcancen en igualdad de condiciones. Para ello, partiendo de los datos penitenciarios oficiales, se van a contrastar las cifras de los delitos por los que las mujeres se encuentran en prisión con los de las alternativas comunitarias gestionadas por Instituciones Penitenciarias con el fin de comprobar si los delitos cometidos por las mujeres entran dentro del ámbito de aplicación de las alternativas y si ello se refleja en su acceso a las mismas. La comparación de las cifras de ingresos en prisión y disfrute de alternativas comunitarias traslada el problema a la selección penológica realizada por el Código penal y al irregular desarrollo de las sanciones alternativas, donde debe analizarse si la incorporación de criterios de género puede ayudar a conocer las necesidades específicas de las mujeres relevantes para evitar ingresos en prisión innecesarios. Por esta razón, el estudio se va a centrar en el análisis de las causas que pueden explicar las diferencias por sexo en el acceso a las alternativas penales, buscando soluciones en la incorporación de la perspectiva de género para que la respuesta penológica sea adecuada a las necesidades específicas de las mujeres.

1.2. Alternativas y control social

¹⁵ BLAY/VARONA, «El castigo en España del siglo XXI. Cartografiando el iceberg de la penalidad», *Política Criminal*, vol. 16, nº 31 (junio 2021), p. 136.

¹⁶ CID MOLINÉ, *In Dret*, 1, 2025, pp.272-275.

Una vez perfilado el concepto de alternativas penales en torno a la idea de sanciones comunitarias y antes de proceder al análisis de la perspectiva de género en su regulación y aplicación en condiciones de igualdad y no discriminación, resulta necesario establecer garantías para que estas modalidades de sanciones no vayan a suponer un incremento del control punitivo, lo que les haría perder su finalidad resocializadora llevando de nuevo a la situación estigmatizante que tradicionalmente ha caracterizado la respuesta punitiva frente a la delincuencia femenina.

Los problemas iniciales de las alternativas penales se asociaban a la escasez de plazas y de recursos humanos, lo que se reflejaba especialmente en la oferta de trabajos de utilidad pública y en el cumplimiento de los programas de tratamiento en medio abierto. En el caso de los trabajos en beneficio de la comunidad era habitual la referencia a la falta de plazas, pese a que hay estudios que demuestran que eran suficientes¹⁷ y respecto a los programas formativos, ni siquiera su obligatoriedad consiguió que se impusieran en todos los delitos de violencia de género, ya que en un estudio realizado en 2010¹⁸ se constató que solo se imponían en un 70% de los casos, atribuyéndolo al desconocimiento de los programas, la falta de plazas o su no necesidad.

Posteriormente, la clave se desplazó a la falta de confianza de los operadores jurídicos por las dificultades que podía entrañar su ejecución¹⁹, ante la falsa percepción de que cumplir medidas en medio abierto fuera sinónimo de impunidad, algo que no se corresponde con la realidad práctica de las alternativas cuando se cumplen de forma correcta, ni tampoco con el plano teórico de los fines de la pena.

Sobre este último aspecto hay que tener en cuenta que, en el ámbito de los fines de la pena, cualquier sanción punitiva no solo responde a la tutela jurídica de los bienes jurídicos dañados y al evidente sentido retributivo inherente a toda sanción, sino que debe responder también a los fines preventivos de la sanción. En este sentido, en ocasiones se identifica la eficacia solo desde el aspecto preventivo general de cohesión social, ejemplaridad y confianza en el Derecho que aporta el punitivismo, olvidando que un objetivo principal de la ejecución de las sanciones es la prevención especial positiva como reinserción social, lo que sin ninguna duda es más factible desde el medio abierto que en el contexto de la prisión tradicional, especialmente cuando se imponen reglas de conducta que, además, refuerzan la prevención general positiva por la reafirmación del Derecho que aportan²⁰.

Pese a ello se extiende la idea de que el sistema de alternativas, no solo no ha servido para desplazar el protagonismo de la pena de prisión, sino que ha acabado incrementando el control

¹⁷ Pese a la habitual referencia a la escasez de plazas, hay datos que confirman que las plazas disponibles desde 1996 hasta 2005 eran superiores al número de sentencias condenatorias, BLAY GIL, «Nuevos tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la necesidad de una discusión basada en conocimientos empíricos», *In Dret*, 4, 2007, pág. 6.

¹⁸ LARRAURI PIJOAN, «Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 8, 2010, p. 7.

¹⁹ BRANDARIZ GARCÍA, «Las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y localización permanente», en GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, 2015, p. 245.

²⁰ BLAY GIL, *In Dret*, 4, 2007, p.13. ALASTUEY DOBÓN, «Suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de “prestaciones o medidas”», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XII, 2021, p.1239.

punitivo sin reducir la cifra de encarcelamiento y aumentando el de sanciones alternativas²¹, porque en el caso de los programas comunitarios se considera que suponen un mecanismo de control que no acaba de difuminar claramente los límites entre encierro y libertad²² dadas las exigencias cada vez más intensas que abocan al fracaso por las dificultades que entraña su cumplimiento²³.

En el caso de España, como aspectos que hayan podido influir en la desigual evolución de las alternativas se puede destacar unas previsiones legales demasiado exigentes vinculadas a un tipo de delincuencia muy concreto; unas condiciones de ejecución que generan desconfianza por su escasa regulación y falta de adecuado control, y una política criminal que prácticamente reserva las alternativas a un sector muy concreto de la delincuencia, como es la violencia de género y las infracciones contra la seguridad vial, sin llegar a configurar un sistema general de alternativas, sino más bien, un sistema *ad hoc* diseñado para dos tipologías delictivas²⁴.

Este fenómeno paralelo de incrementarse el uso de la prisión al mismo tiempo que aumenta el uso de las alternativas se da especialmente en el caso de las mujeres, cuando se considera a la prisión como lugar seguro, a modo de custodia protectora²⁵, para las que presentan especiales problemáticas de salud mental o drogadicción, con una falsa equiparación entre la asistencia social y el encierro²⁶ que debe ser rotundamente combatida.

Desde este propósito, analizar la viabilidad de las sanciones comunitarias desde una perspectiva de género conlleva evitar que supongan un mayor control social que acabe afectando especialmente a la estigmatización de las mujeres e indagar si éstas sufren mayores dificultades para acceder a ellas porque la ausencia de la variable de género en su regulación legal, en su aplicación práctica y en su ejecución, pueda estar suponiendo un impedimento que no deje observar las especiales circunstancias que acompañan a las mujeres, tanto en su ingreso en prisión, como en su participación en las sanciones comunitarias.

2. La doble perspectiva de género en las alternativas

En el ámbito del análisis de la importancia de los criterios de género en las sanciones comunitarias, el estudio puede tener dos vertientes que se complementan mutuamente. En la primera, el análisis de la influencia del género desde la perspectiva de la mujer condenada implica analizar si las mujeres llegan en igualdad de condiciones a las sanciones comunitarias por haberse tenido en cuenta sus necesidades específicas y, de no ser así, detectar los elementos que, en su caso, obstruyen el acceso de las mujeres a las mismas. En la segunda, pero no menos importante, resulta también de interés el estudio de la perspectiva de género en la consideración

²¹ AEBI/COCCO/HASHIMOTO, *Series UNILCRIM* 2023/3, p. 6.

²² CARLEN/ Worrall, *Analysing Women's Imprisonment* Willan Publishing, ProQuest Ebook Central, 2004, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/univalencia/detail.action?docID=449623>, pp.126-128.

²³ Entre otros motivos porque el formalismo de su interpretación favorece el ingreso en prisión SOLAR CALVO, *RGDP*, n° 32, 2019, p.11 y se incrementa el control punitivo por la vigilancia electrónica RODRÍGUEZ YAGÜE/PASCUAL RODRÍGUEZ, *Las mujeres en prisión: La voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de penas impuestas a mujeres a través de la cultura*, 2022, p. 30.

²⁴ SOLAR CALVO, *RGDP*, n° 32, 2019, pp.10-11.

²⁵ BARBERET/JACKSON, «UN Rules for the Treatment of Women Prisoners and NON-Custodial Sanctions for Women Offenders (the Bangkok Rules): A.Gendered Critique», *Papers*, 2017, 102, 2, p.224.

²⁶ VASILESCU, «La ejecución penal desde una perspectiva de género», *In Dret*, 2, 2019, p. 18.

de la mujer como víctima del delito, lo que exige analizar si sus especiales características de victimización pueden justificar unos contenidos punitivos en la sanción del agresor que la protejan de situaciones sexistas y discriminatorias, lo que puede repercutir en uno de los factores de riesgo que les lleva a la delincuencia.

Esta doble perspectiva de género en las alternativas penales se abre a dos ámbitos de actuación, el primero de ellos dirigido a su aplicación a la mujer en calidad de responsable de conductas delictivas, donde procede analizar la previsión legal de las figuras comunitarias antes mencionadas, suspensión de la ejecución de la pena y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, con el fin de comprobar si en sus criterios de aplicación se ha tenido en cuenta las particularidades que pueden acompañar a las mujeres y que, de no ser valoradas, pueden dar lugar a una aplicación discriminatoria, generadora de una aplicación desigual basada en diferencias de sexo.

Por su parte, desde la vertiente de la mujer víctima de un delito, el análisis de las alternativas desde una perspectiva de género requiere comprobar si el legislador puede contemplar medidas específicas en sus contenidos punitivos dirigidas a reducir la revictimización de las mujeres. En este sentido, la creación de programas formativos basados en la igualdad y no discriminación, las medidas de alejamiento que protegen a la víctima del agresor o la creación de correctivos para que las sanciones económicas de los agresores no perjudiquen los intereses de las víctimas pueden ser un medio para incorporar en los contenidos de las sanciones alternativas una perspectiva de género que valore las diferencias que presentan las mujeres en su función de víctimas.

2.1. El acceso a las alternativas en condiciones de igualdad

Desde su incorporación a las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), aprobadas por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010, la perspectiva de género en la privación de libertad visibiliza la necesidad de incorporar medidas dirigidas a asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en las decisiones relativas a las políticas punitivas y en el diseño de los programas de intervención. Es especialmente importante que la normativa internacional relacione la especial vulnerabilidad de las mujeres presas por el diseño masculinizado de las prisiones que ha ignorado el menor riesgo que representan²⁷, y que se reconozca la mayor dificultad que sufren para la reinserción social, todo lo cual forja el compromiso de apostar por la necesidad de concebir alternativas específicas dirigidas a las mujeres, en la línea de una discriminación positiva similar a la empleada en la configuración de algunas conductas delictivas²⁸.

La particular vulnerabilidad de las mujeres en prisión debería promover una atención especial para garantizar su acceso a las sanciones comunitarias con un enfoque diferenciado que

²⁷ DEL VAL/VIEDMA/REVIRIEGO, «Hacia una medida objetiva de la discriminación en la cárcel: indicadores e índice de punición», *Revista Criminalidad*, vol. 55(2), 2013, p. 31.

²⁸ ALCÁZAR ESCRIBANO, «Alternativas a la prisión: una cuestión de género», *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022, p.33.

atendiera sus necesidades específicas²⁹, lo que debería conducir a la creación de medidas positivas capaces de valorar las circunstancias de las mujeres en prisión para facilitar un acceso a las alternativas apto para evitar la privación de libertad. Una buena opción pueden ser los programas comunitarios, como fórmula para facilitar el tránsito del encarcelamiento a la libertad, dada su idoneidad para evitar la estigmatización y facilitar la recuperación de los lazos familiares y sociales.

Estos buenos propósitos, sin embargo, no han sido capaces de vencer las críticas que se reciben, tanto en la privación de libertad, como en las alternativas, por seguir utilizando un discurso estereotipado y proteccionista de la mujer alejado de las necesidades específicas reales que olvida «las necesidades reales de género propiamente dichas, la singularidad de la victimización de las mujeres e, incluso, la diversidad de género»³⁰.

Extender la perspectiva de género a las alternativas penológicas, no solo implica impulsar su utilización en un colectivo en el que la prisión se vive con especial dureza, sino también perfilar unos contenidos específicos que se adapten a las necesidades propias de las mujeres, lo que supone revisar las conductas delictivas que permiten aplicar alternativas y que los criterios legales de aplicación faciliten la valoración de las condiciones específicas de las mujeres, tales como su historial de victimización o sus necesidades educativas y sociales.

Con relación a la previsión legal que permite la aplicación de alternativas debe procederse al examen de las conductas delictivas que contemplan sanciones comunitarias con el fin de comprobar si se trata de una elección coherente, por ejemplo, basada en criterios de poca gravedad, lo que no explicaría que en delitos de similar naturaleza en unos sea posible y en otros no, al generar una situación discriminatoria ante la masculinización o feminización de algunas conductas delictivas. Este apunte puede ser importante si acaba dando lugar a una discriminación indirecta en la medida que los delitos leves o carentes de violencia que cometen las mujeres reciban un castigo mayor que los que cometen los hombres³¹, lo que desplazaría como causa del ingreso en prisión de las mujeres por la comisión de delitos no violentos a los propios tipos penales que recogen penas elevadas sin permitir alternativas penológicas³².

De esta forma, las posibles diferencias de género en el ámbito de las sanciones comunitarias pueden manifestarse en el ámbito legislativo o el ámbito de aplicación judicial. En el caso de la previsión legal las diferencias pueden responder a una explicación cuantitativa en virtud de la cual las conductas delictivas que las contemplan las cometan en menor número las mujeres que los hombres (lo que sucede claramente en violencia de género por ser un tipo delictivo que excluye a las mujeres como infractoras) o, en sentido contrario, buscar una explicación cualitativa que pondría el acento en el tipo de sanciones previstas para las conductas delictivas que cometen mayoritariamente las mujeres. En el caso de la aplicación judicial, las diferencias de género pueden presentarse si en la valoración de las circunstancias específicas no se tiene en

²⁹ BIRKETT, «Transforming women's rehabilitation? An early assessment of gender specific provision in three Community Rehabilitation Companies», *Criminology & Criminal Justice*, 19 (1), p.100.

³⁰ BARBERET/JACKSON, *Papers*, 2017, 102, 2, p. 223.

³¹ PEDROSA, «¿Discrimina el Código penal español a las mujeres?», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 16, 2018, p. 16. En el mismo sentido JUANATEY DORADO, «Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-10, 2018, p. 21.

³² GUARDIOLA GARCÍA, *REIC*, 26-04, 2004, p.30.

cuenta aquellas que acompañan a las mujeres en el contexto de la realización de la conducta delictiva y en los efectos del cumplimiento de la sanción.

No debe olvidarse que, aunque la explicación de esta ausencia de valoración judicial de las circunstancias específicas que afectan a las mujeres pueda responder a una falta de sensibilización por parte de los órganos judiciales, la neutralidad de la regulación legal de los requisitos de concesión ha servido de refuerzo para ignorar la presencia de factores que pueden acabar siendo discriminatorios en las mujeres, ejemplo de lo cual es la relación de variables a tener en cuenta en la suspensión de la ejecución de la pena.

De esta forma, el análisis de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en las sanciones comunitarias puede no solo proceder de una práctica más o menos errónea, sino derivarse de una fase anterior, como es la previsión legal de la penalidad de los delitos leves o no violentos y de los requisitos a valorar en su aplicación, todo lo cual debería plantear la necesidad de rediseñar su regulación legal para evitar discriminaciones, garantizando la igualdad de oportunidades para disfrutar de las sanciones alternativas, con especial atención a la valoración de las circunstancias específicas que pueden presentar las mujeres para que su olvido no sea un obstáculo para la reinserción social.

2.2. La protección a la víctima con criterios de género

Aunque en este trabajo el análisis de la perspectiva de género de las alternativas penales se centre en el acceso de las mujeres delincuentes con las mismas condiciones de igualdad que los hombres, si se tiene en cuenta que uno de los factores criminógenos de las mujeres es su proceso de victimización anterior, puede resultar de interés una breve referencia a la protección que los contenidos de las sanciones alternativas pueden desplegar sobre las mujeres víctimas por la especial vulnerabilidad en la que quedan cuando sufren conductas delictivas caracterizadas por la violencia y la relación de poder respecto a los hombres.

El legislador en los últimos años ha dado algunos pasos en esta dirección, inicialmente en los delitos de violencia de género y posteriormente extendiéndolo a otras figuras afines como la violencia sexual y todos los delitos contra la mujer, al crear contenidos específicos en los programas formativos que pueden acompañar a las penas suspendidas y limitar los efectos económicos de la pena de multa impuesta a los agresores para no perjudicar a las víctimas.

El supuesto de la pena de multa adquiere especial importancia porque es una de las alternativas a la prisión más aplicadas, alrededor de un 45.5% de las condenas impuestas en España lo son por esta pena³³, pese a lo cual su incidencia en las mujeres es menor porque los tribunales son más reacios a imponerla cuando tienen hijos a su cargo o no disponen de independencia económica³⁴. Esta situación puede explicar el interés por contar con mecanismos para evitar que la pena de multa impuesta al agresor acabe repercutiendo sobre los intereses económicos de la víctima. Para ello, el art. 84.2 CP dispone que en los casos de suspensión sustitutiva en los que la suspensión de la ejecución deba ir acompañada de la imposición de trabajos en beneficio de la comunidad, pena de multa o el cumplimiento del acuerdo de mediación alcanzado, si se trata de

³³ CID MOLINÉ, *In Dret*, 1, 2025, p. 280.

³⁴ Algo que puede provocar la aplicación de otras sanciones más intrusivas CARLEN/ WORRALL, *Analysing Women's Imprisonment* Willan Publishing, 2004, p. 131 ss.

delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, solamente se podrá imponer la pena de multa cuando se acredite que no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación o la existencia de una descendencia común.

Antes de 2015 la prohibición de sustituir la pena de prisión por pena de multa era absoluta en todas las condenas por violencia de género, desde entonces se ha limitado a los casos en los que existan relaciones económicas entre agresor y víctima que puedan repercutir negativamente sobre la víctima, lo que supone admitir la existencia de mujeres independientes económicamente³⁵ y abrir la restricción a cualquier delito cometido sobre la mujer por quienes hayan sido sus cónyuges o parejas sentimentales³⁶. Esta nueva redacción parece más razonable, porque exige para la prohibición de la imposición de la multa que no afecte ni directa, ni indirectamente a los intereses económicos de la víctima³⁷ y, además, alcanza a más delitos que la anterior referencia a la violencia de género al extenderse por remisión a los delitos de amenazas, coacciones, injurias y vejaciones leves.

Esta limitación legal, como otras que afectan solo a las mujeres, ha recibido opiniones contrapuestas por la doctrina³⁸, sin embargo, su objetivo de limitar la posibilidad de elección de pena sustitutiva para evitar que la multa del agresor dificulte o impida prestaciones económicas como puedan ser el pago de las pensiones derivadas de los procesos de divorcio o separación³⁹, puede justificarse en los casos de vulnerabilidad económica de las víctimas.

Con relación a los programas formativos, la posibilidad de que la suspensión de la ejecución de la pena vaya acompañada de la imposición judicial de prohibiciones o deberes de los arts. 83 y 84 CP se convierte en obligatoria cuando afecta a los «delitos cometidos sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge o esté ligado por similar relación de afectividad, aun sin convivencia» y los delitos contra la libertad sexual, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos, en los que no son necesarios los vínculos sentimentales. En esos casos será preceptivo imponer la regla primera, consistente en la prohibición de aproximación a la víctima, la regla cuarta consistente en la prohibición de residir en lugar determinado y la sexta, consistente en la participación en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares, cuya competencia de gestión queda atribuida a los SGPMAs.

³⁵ Crítico con el anterior automatismo ABEL SOUTO, «La suspensión de la ejecución de la pena en los casos de violencia sexista», en FERNÁNDEZ TERUELO/GARCÍA AMEZ/FERNÁNDEZ RIVERA (dirs), *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, 2022, p. 27

³⁶ TRAPERO BARREALES, «El nuevo régimen de prestaciones o medidas en la suspensión: art. 80.3 y 84 del Código penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16, 2016, p. 212.

³⁷ GARCÍA ALBERO, «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, p. 162.

³⁸ ABEL SOUTO, «Suspensión de la ejecución de la pena», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012*, 2013, p. 308.

³⁹ CANO CUENCA, «Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prestaciones», en GONZÁLEZ CUSSAC. (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2015, p. 351.

De todos ellos la participación en programas formativos adquiere una especial relevancia por responder a una concepción de tratamiento en medio abierto como vía intermedia entre el encarcelamiento y la libertad, cuyos destinatarios serían todos aquellos sujetos cuya peligrosidad o probabilidad de cometer delitos en el futuro podrían ser abordadas desde la intervención social en libertad. Sus buenas expectativas de cara a actuar sobre las situaciones de riesgo para evitar nuevos hechos delictivos quedan empañadas por los problemas que genera su carácter obligatorio, no solo de forma directa por la incompatibilidad del tratamiento impositivo, sino también de forma indirecta, si acaban centralizando la oferta de programas formativos.

El hecho de que el Código penal solo los contemple como obligatorios para un tipo de delitos ha acabado monopolizando los contenidos de los programas formativos ya que el 69 % de las reglas de conducta impuestas en las suspensiones de condena lo son por delitos de violencia de género⁴⁰, lo que no solo reduce estos programas prácticamente a una sola conducta delictiva, sino que inclina la balanza a favor de los hombres, poniendo en cuestión que sus ventajas rehabilitadoras, como el propio Código Penal recuerda respecto a la regla del art. 83.9⁴¹, no tengan un carácter más universal para alcanzar a un mayor número de personas con independencia de su género.

La legitimidad y eficacia de su carácter obligatorio ha provocado algunas críticas que defienden que solo deberían imponerse a quien lo necesite con el apoyo de informes criminológicos o que no se impongan a los supuestos de violencia de género ocasional leve⁴². Siendo cierto que este tipo de intervención universal imperativa no discrimina las necesidades individuales y es contraria al principio de voluntariedad inherente a la intervención, pese a que puede ser rechazado, hay que reconocer que su obligatoriedad ha permitido extender a los supuestos que no revisten gravedad de las mismas posibilidades rehabilitadoras que los delitos que por su gravedad provocan la entrada en prisión, consiguiendo un doble objetivo, de un lado, abrir un escenario penológico de no ingreso en prisión, del que no se librarían de no existir esta vía alternativa, y de otro, que ello no se traduzca en una mera inejecución⁴³ al estar acompañado de actividades de intervención, mucho más enfocadas para la reinserción social.

La valoración de estos programas formativos en la prevención de conductas delictivas arroja un resultado positivo con una tasa de reincidencia del 4,6%⁴⁴ de los que participan en el programa de tratamiento, lo que demuestra que, además de reducir la victimización de las mujeres, ratifica que el recurso a la prisión no siempre es necesario siempre que las alternativas comunitarias dispongan de contenidos adecuados.

⁴⁰ Vid. epígrafe 3.2.

⁴¹ Donde expresamente se indica «cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado...» ALASTUEY DOBÓN, *REPyCR*, vol. XII, 2021, p.1247.

⁴² LARRAURI PIJOAN, *REIC*, nº 8, 2010, p. 19. ABEL SOUTO, «La suspensión de la ejecución de la pena en los casos de violencia sexista», en FERNÁNDEZ TERUELO/FERNÁNDEZ RIVERA(dirs.), *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, 2022, p.282.

⁴³ ALASTUEY DOBÓN, *REPyCR*, vol. XII, 2021, p.1237.

⁴⁴ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Estudios e investigaciones en prisión y medidas alternativas*. Documentos penitenciarios 25, p.72. https://www.institucionpenitenciaria.es/documents/20126/72836/Doc_Penit_25_Estudios_investigaciones_prison_medidas_alternativas.pdf.

3. Igualdad y no discriminación en las sanciones alternativas

Como supuestos paradigmáticos de la perspectiva de género en el diseño de las alternativas penales, el primer aspecto que se va a tratar es la previsión legal de las conductas delictivas que permiten la imposición de sanciones alternativas con el fin de comprobar si se cumple el principio de igualdad y no discriminación por estar justificado el no ingreso en prisión por criterios objetivos y de proporcionalidad. Un segundo aspecto de interés es si en los requisitos asociados al trabajo en beneficio de la comunidad y a la suspensión de la ejecución de la pena se han tenido en cuenta las particularidades de la delincuencia femenina, habida cuenta que por ser mayoritariamente poco grave y no violenta debería ser objeto de este tipo de sanciones no privativas de libertad. Y, finalmente, un tercer aspecto a revisar es si los contenidos formativos de ambas sanciones alternativas, al estar demasiado orientados a las tipologías delictivas, descuidan las necesidades específicas individuales de las personas, lo que podría perjudicar a las mujeres.

La importancia de estas reflexiones sobre el alcance de las sanciones comunitarias en las mujeres se deriva del especial impacto que supone para ellas el ingreso en prisión y la necesidad de encontrar alternativas al encarcelamiento que faciliten su reinserción social.

3.1. Necesidad de alternativas para paliar la situación penitenciaria de las mujeres

La cifra de mujeres privadas de libertad es muy inferior a la de los hombres, produciéndose una ligera reducción en los últimos años hasta llegar al 7.2% del total de la población penitenciaria en España⁴⁵. Esta diferencia cuantitativa no explica por sí misma la desigualdad en las condiciones de cumplimiento penitenciario entre hombres y mujeres, sino que es más bien la masculinización de las estructuras y figuras penitenciarias la que provoca una situación de desigualdad de trato entre ambos colectivos⁴⁶. Una buena muestra de ello se puede observar en el sesgo estereotipado que arrastran las escasas referencias legales a las mujeres presas, la uniformidad de la arquitectura de los centros penitenciarios diseñada al margen de las distintas necesidades que asisten a hombres y mujeres o la desproporcionada dotación de medios materiales y humanos entre los establecimientos de mujeres en relación con los de los hombres.

Esta masculinización de la vida penitenciaria provoca una falta de perspectiva de género en todos y cada uno de los pilares de la ejecución penitenciaria como son la clasificación penitenciaria, los programas de intervención o la aplicación de las normas de régimen disciplinario, ya que todas estas figuras parecen estar pensando siempre en el prototipo de interno varón, obviando cualquier tipo de diferenciación por la particularidad que puedan presentar las mujeres en su condición de personas privadas de libertad. De todo ello se conocen pocos detalles porque la ausencia de datos segregados por género en todos los ítems de las estadísticas e informes penitenciarios⁴⁷ impide conocer con mayor precisión el alcance de la discriminación entre

⁴⁵ Cifras correspondientes a 31 de diciembre de 2023, SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Informe General 2023*, p. 24.

⁴⁶ El propio Informe del Defensor del pueblo 2023, p. 88, reconoce que el sistema penitenciario se ha ideado y configurado para acoger mayoritariamente a los hombres, por lo que es necesario adaptarlo a las mujeres valorando sus necesidades específicas para evitar el aumento de su vulnerabilidad.

⁴⁷ CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO/DE CABO/HENAR/CALVO, *Análisis de la perspectiva de género en algunas estadísticas españolas y propuestas de mejora*, 2009, p. 18 ss.

hombres y mujeres en la ejecución penitenciaria⁴⁸, sin olvidar que las diferencias se reducen al sexo binario, ignorando la discriminación que sufren las personas transexuales o no binarias⁴⁹.

La necesidad de incorporar el género en las estadísticas y hacerlo de forma transversal para poder cruzar esta variable con todas las demás, con el fin de analizarla íntegramente, se introdujo en la cuarta conferencia mundial sobre la mujer celebrada en Beijing en 1995, siendo recogida en el art. 20 de la LO 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres que obliga a incorporar en todos los estudios, encuestas y estadísticas la variable de sexo para poder conocer las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres.

La evolución de las prisiones de mujeres ha crecido de forma paralela al rol que la sociedad ha asignado a la mujer durante siglos, ya que, inicialmente las diferencias históricas se asociaban al paternalismo moralizante y, posteriormente, se ha evolucionado hacia la igualdad con los hombres entendida en términos estrictamente formales. Diseñar los espacios carcelarios de las mujeres a imagen y semejanza de los de los hombres de forma neutra pudo entenderse en sus inicios como un avance para las presas, pero ha acabado produciendo los mismos efectos discriminatorios precedentes por carecer de intervenciones sensibles a las necesidades particulares de las mujeres⁵⁰ y provocar el empeoramiento de las condiciones penitenciarias. Ello es debido a que la igualdad de trato tiene un impacto desigual en las distintas necesidades de las personas, por eso, como el encarcelamiento afecta de manera diferente a las mujeres y a los hombres, si no se reconocen las diferencias entre ambos colectivos se acaba produciendo un trato injusto hacia las necesidades no atendidas⁵¹.

Las diferencias en la regulación legal de la ejecución penitenciaria de las mujeres presas prácticamente se reducen a algunas referencias a la regla general de segregación por sexos de los establecimientos penitenciarios y a la especial atención a la mujer encinta o madre en lo que respecta a atención sanitaria, condiciones laborales o cumplimiento de sanciones, es decir, distinciones basadas en estereotipos sociales tradicionales como son la separación física de hombres y mujeres y el rol de la maternidad en la mujer, sin atender a otras situaciones de desigualdad entre las que se puede citar como ejemplo los efectos negativos sobre la clasificación que genera la escasez de plazas específicas para mujeres, la mayor exigencia del régimen disciplinario por las expectativas sociales que despierta la conducta femenina⁵² o las dificultades para la inserción social que provoca la falta de programas de tratamiento con perspectiva de

⁴⁸ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *La situación de la mujer privada de libertad en la Institución Penitenciaria*, 2019, p. 77. RODRÍGUEZ YAGÜE./PASCUAL RODRÍGUEZ, *Las mujeres en prisión: La voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de penas impuestas a mujeres a través de la cultura*, 2022, p.51.

⁴⁹ ALCÁZAR ESCRIBANO, *RGDP*, 37, 2022, pp. 6-7. Sobre este tema se pronuncia la Instrucción SGIP 7/2006 de 9 de marzo.

⁵⁰ VASILESCU, *Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género*, 2022, p.36. YAGÜE OLMOS, «Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 5, 2007, pp. 4-5.

⁵¹ CARLEN, «Women's imprisonment: an introduction to the Bangkok Rules», *Revista crítica penal y poder*, 2012, nº 3, p.149.

⁵² CARLEN/ WORRALL *Analysing Women's Imprisonment* Willan Publishing, *ProQuest Ebook Central*, 2004, p.59, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/univalencia/detail.action?docID=449623>.

género⁵³. Sobra decir que cualquiera de las dos excepciones legales mencionadas está más que justificada, vgr. la separación por sexos en los establecimientos puede cumplir una función de seguridad y, por lo que respecta a las madres, es evidente que la maternidad genera unas necesidades y cuidados que indudablemente hay que cubrir durante la privación de libertad, lo que no impide reconocer que esta visión uniforme de las mujeres se estanca en un discurso excesivamente conservador que ignora otro tipo de soluciones más enriquecedoras, vgr. apostar por los centros mixtos como oportunidad para normalizar la convivencia o atender otras necesidades específicas de las mujeres, al margen de la maternidad, que requieren de centros, personal e instalaciones adecuadas.

Esta desigualdad la tratan las *Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos* de 1955 de Naciones Unidas, al igual que las *Reglas penitenciarias europeas* de 2006, al referirse a la especial discriminación de las mujeres presas respecto a los hombres, si bien respondiendo más bien a una perspectiva cuantitativa por su menor representación respecto a los hombres. Como consecuencia de ello se recomienda a los Estados que adopten medidas que cubran las especiales necesidades físicas, sociales y psicológicas de las mujeres privadas de libertad, preferentemente respecto a la separación de establecimientos y la cobertura asistencial y sanitaria para embarazadas y lactantes, sin mencionar las necesidades específicas que la entrada, permanencia y salida de la prisión puede provocar en las mujeres por el mero hecho de serlo⁵⁴.

Un cierto cambio se observa en las *Reglas de Bangkok* de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes de 2010, que reconocieron la vulnerabilidad de las mujeres presas con una serie de necesidades específicas que, de no ser atendidas, afectan a su reinserción social. De esta manera, se reconoce la diversidad de situaciones que pueden presentarse en las mujeres presas, habida cuenta de la existencia de diferencias personales, sociales o económicas que requieren atenciones específicas, que no pueden ni deben reducirse a las vinculadas a la maternidad, sin que ello suponga minusvalorar la importancia de esta última, tanto con relación a los derechos de la madre, como, especialmente, a los de la infancia. Esto debería traducirse en la incorporación a la legislación penitenciaria de diferencias en el régimen o tratamiento penitenciario pensadas en necesidades de las mujeres, más allá de las recogidas para la maternidad, con el fin de superar la visión estereotipada de la desigualdad entre hombres y mujeres y con el objetivo de avanzar hacia una actuación integral capaz de englobar las circunstancias especiales de las mujeres encarceladas desde una perspectiva de género⁵⁵.

Entre los problemas que afectan a las mujeres presas que las Reglas de Bangkok reconocen que demandan una especial atención destacan el de haber sido víctima de abuso sexual y violencia familiar, padecer problemas de drogodependencia o salud mental, carecer de capacitación laboral o no tenerse en cuenta el menor riesgo que presentan en la clasificación al utilizar los mismos instrumentos de valoración utilizados con los hombres. En sentido similar, las Reglas penitenciarias europeas instan a los Estados a aplicar «*políticas específicas que integren el concepto*

⁵³ Todo ello como muestras de discriminaciones penitenciarias derivadas de una lectura formal de la igualdad, CERVELLÓ DONDERIS, «Mujer, prisión y discriminación: del legado de Concepción Arenal a las reglas de Bangkok», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, 2021, pp. 575-583. VASILESCU, *Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género*, 2022, p. 36.

⁵⁴ MAPELLI CAFFARENA, «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, nº 8, p. 26.

⁵⁵ CERVELLÓ DONDERIS, *REPYCR*, vol. XLI, 2021, p.569.

de género y medidas positivas para satisfacer las necesidades particulares de las mujeres presas a la hora de aplicar estas reglas», lo que implica impulsar medidas dirigidas a todo tipo de mujer, sin estereotipos, que aborden las dificultades para la formación, integración laboral y reinserción social.

En el momento del encarcelamiento de las mujeres es especialmente importante mantener las relaciones afectivas y al llegar la excarcelación que se facilite la inserción laboral, por eso es esencial que la lejanía del centro de destino no impida los contactos familiares y que accedan en igualdad de condiciones a las actividades laborales⁵⁶. Esto demuestra que aplicar las figuras penitenciarias sin criterios de género acaba siendo discriminatorio, lo que apunta a la necesidad de desarrollar políticas de igualdad en toda la institución penitenciaria.

Habida cuenta de estas circunstancias penitenciarias especialmente afflictivas para las mujeres, se suele entender que la prisión es una respuesta desproporcionada e inadecuada para gran parte de ellas, lo que llevaría a reconocer como más conveniente el recurso a las medidas alternativas⁵⁷, en este caso, también siguiendo la perspectiva de género, como la propia regla 57 de las Reglas de Bangkok reconoce, con el objetivo de que su cumplimiento satisfaga sus necesidades específicas, facilite el tránsito del encarcelamiento a la libertad y reduzca la delincuencia y la estigmatización. Pese a este importante llamamiento de las Reglas de Bangkok para tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres en las alternativas penales, la Recomendación CM/Rec (2017) 3 relativa a las Reglas europeas sobre las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 22 de marzo de 2017 contempla tan solo una referencia genérica a la prohibición de discriminación por razones de sexo y a la necesidad de tener en cuenta la diversidad y las necesidades individuales de los imputados y autores de la infracción en la imposición y cumplimiento de las sanciones comunitarias.

Esta preferencia del medio abierto para las mujeres no supone ignorar que los obstáculos para la reinserción social sean comunes en hombres y mujeres, sino que pone el foco de atención en la atención específica que requiere las necesidades derivadas de la especial discriminación que sufren las mujeres tras la excarcelación debido a los estereotipos sociales⁵⁸, lo que exige realizar dos puntualizaciones, en primer lugar, que la solución a los problemas de desigualdad y discriminación penitenciaria de las mujeres no se puede reducir a conseguir lo antes posible la excarcelación, sino que requiere de cambios estructurales del modelo penitenciario y de sus alternativas de forma que el ingreso en prisión sea excepcional con soluciones permanentes y no coyunturales⁵⁹ y, en segundo lugar, que el mayor conocimiento que se va teniendo de la situación penitenciaria de las mujeres debe ir acompañado de su extensión a las alternativas penológicas⁶⁰.

⁵⁶ Es muy significativo que el mayor nivel de igualdad en los talleres productivos se produzca en los centros mixtos, SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *La situación de la mujer privada de libertad en la Institución Penitenciaria*, 2019, pp. 39 y 45.

⁵⁷ VASILESCU, Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género, 2022, p.22.

⁵⁸ UNDOC, Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes y sus comentarios. A/RES/65/229, 2011, pp.40-41.

⁵⁹ RODRÍGUEZ YAGÜE/PASCUAL RODRÍGUEZ, Las mujeres en prisión: La voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de penas impuestas a mujeres a través de la cultura, 2022, p. 31.

⁶⁰ A destacar los estudios realizados por VASILESCU, Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género, 2022, pp. 30-31.

Desde este planteamiento, tan importante es la puesta en marcha de cambios en la prisión capaces de atender las necesidades específicas de las mujeres para evitar su mayor vulnerabilidad, lo que ha sido objeto en los últimos años de especial atención, como la necesidad de explorar alternativas penológicas desde una perspectiva de género capaces de detectar posibles tratos discriminatorios hacia las mujeres, tanto en la regulación legal, como en su aplicación práctica.

3.2. Diferenciación y sexismo en la previsión legal de las sanciones comunitarias

Tal como se ha venido sosteniendo anteriormente, si las condiciones adversas previas que a veces acompañan a las mujeres en su experiencia vital incrementan la aflictividad de la estancia en prisión y la propia estancia en prisión puede dar lugar a una ejecución penitenciaria discriminatoria por no proporcionar las mismas condiciones de cumplimiento que los hombres, el recurso a las sanciones alternativas resulta especialmente necesario para evitar, no solo los efectos nocivos generales de la prisión, sino, en particular, los que afectan con mayor intensidad a las mujeres.

Una forma de comprobar si la regulación de las sanciones alternativas comunitarias, en concreto la suspensión de la ejecución de la pena y la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, facilita el acceso en condiciones de igualdad a las mujeres, consiste en revisar la selección de conductas que las contemplan para descartar un posible trato discriminatorio y analizar si los requisitos legales de aplicación abarcan las diferencias entre la criminalidad masculina y femenina.

En términos generales, la delincuencia femenina suele ser de carácter menos violento y de menor gravedad que la de los hombres⁶¹. Tomando como referencia el último informe publicado por Instituciones Penitenciarias correspondiente a 2023, los delitos que han llevado a las mujeres a prisión, como se refleja en la tabla I, han sido fundamentalmente los delitos de tráfico de drogas y los delitos contra el patrimonio, ocupando ambas conductas delictivas un 64,9 % del total, mientras que en los hombres estos dos delitos alcanzan el 51,1 % del total⁶². Estas cifras muestran que los delitos son coincidentes, si bien, en el caso de las mujeres los delitos contra la salud pública son casi el doble del total que los cometidos por los hombres y, respecto a los delitos patrimoniales que cometen las mujeres, aunque no se refleje en los Informes Generales de Instituciones Penitenciarias por no desglosar los diversos tipos de delitos patrimoniales, es previsible que en su mayoría sean hurtos⁶³ por la duración de las penas⁶⁴. De ello se puede deducir que la cifra de mujeres en prisión en España es superior a la de otros países porque los delitos no violentos que cometen tiene penas elevadas porque son considerados graves (vgr. salud pública) y los no graves están castigados con penas cortas de prisión (vgr. hurtos).

⁶¹ JUANATEY DORADO, *RECPyCR*, 20-10, 2018, p.17.

⁶² Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, *Informe General 2023* p. 35.

⁶³ Debe precisarse que este predominio del hurto entre los delitos patrimoniales se refiere a delitos cometidos recogidos en la estadística de condenados del INE, vgr. respecto a 2023 las mujeres cometieron 23.892 hurtos frente a 1.600 robos y los hombres 36.456 hurtos frente a 19.814 robos <https://ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=25998>. La ausencia de datos desglosados en este tipo de delitos en los Informes Generales de Instituciones Penitenciarias impide conocer estas cifras, siendo interesante comprobar la diferencia entre los delitos que más cometen las mujeres y los que más les llevan a prisión.

⁶⁴ BORJA JIMÉNEZ, «Política Criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina», *Revista Penal*, nº 53, enero 2024, p. 52.

Tabla I. Tipología delictiva de la población reclusa diferenciada por género

	Patrimonio y orden socioeconómico	Salud pública	Homicidio y formas	Lesiones	Seguridad vial	Violencia de género
Mujeres	37,3 %	27,6 %	9,5 %	4,2 %	1,3 %	-
Hombres	33,8 %	17,3 %	7,2 %	4,1 %	2,5 %	11,9 %

Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Informe General 2023

Por lo que afecta a las sanciones alternativas no privativas de libertad, son los delitos de lesiones, los delitos contra el patrimonio y los delitos contra la seguridad vial los que dan lugar a la mayor presencia de mujeres⁶⁵, lo que no se corresponde en su totalidad con los delitos que más cometen⁶⁶, pero ratifica la importancia de la selección delictiva del Código Penal y la forma en la que se puede llegar a las alternativas, ya que no es lo mismo que se trate de una pena principal o que proceda de la sustitución o suspensión de la pena.

Estas diferencias se observaron en un estudio realizado por Instituciones Penitenciarias en 2019 en el que se constataba que las mujeres recibían algo menos de trabajos en beneficio de la comunidad como pena directa que los hombres (50,02 % frente a 56,61 %), cifras más igualadas como condición de la suspensión de la ejecución (15,20 % frente a 13,14 %) y diferencias más pronunciadas en los trabajos en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva (29,56 % frente a 14,48 %) y en la suspensión de la ejecución con programa formativo (5,20 % frente a 15,70 %)⁶⁷; con ello se demuestra la trascendencia de la obligatoriedad de los programas formativos en los delitos de violencia de género que dispara su imposición en los hombres, así como la consolidación de los programas específicos en los delitos contra la seguridad vial que ha igualado a ambos en la penalidad de esta conducta delictiva.

Aunque no se conoce la cifra de alternativas impuestas en sentencia por los jueces y tribunales porque el INE solo informa de las penas impuestas, no de las finalmente ejecutadas, sí que se conocen datos de cumplimiento proporcionados por el SGPMa de las que quedan bajo su gestión⁶⁸, donde se puede observar una cifra baja de trabajos en beneficio de la comunidad de las mujeres con relación a los hombres y una diferencia entre la suspensión con condiciones a favor de los hombres.

Siguiendo con el año 2023 como referencia, como se puede observar en la tabla II, los trabajos en beneficio de la comunidad se imponen a las mujeres con más frecuencia en los delitos de lesiones (35 %), delitos contra la seguridad vial (34%) y delitos contra el patrimonio (18 %)⁶⁹, mientras

⁶⁵ RODRÍGUEZ YAGÜE/PASCUAL RODRÍGUEZ, Las mujeres en prisión: La voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de penas impuestas a mujeres a través de la cultura, 2022, p. 49.

⁶⁶ Ejemplo de ello es el delito de hurto que es uno de los que más les lleva a prisión, pero solo representa un 7% de imposición de alternativas pese a su menor gravedad y falta de violencia, FUNDACIÓN APLICADA EN DELINCUENCIA Y SEGURIDAD (FIADYS), GIMÉNEZ SALINAS/MARTÍNEZ/PÉREZ RAMÍREZ, *Perfil socio-demográfico de las mujeres penadas con medidas penales alternativas a la prisión: Vulnerabilidad y factores de riesgo*. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado nº 133, 2023, p. 58

⁶⁷ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, La situación de la mujer privada de libertad en la Institución Penitenciaria, 2019, p. 56.

⁶⁸ Lo que no comprende ni las suspensiones no recogidas en sentencia, ni las que no van acompañadas de reglas de conducta, VARONA GÓMEZ, «La suspensión de la pena de prisión: razones de una historia de éxito», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 17, 2019, p. 7-8.

⁶⁹ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, *Informe General 2023*, pp. 184-185.

que en los hombres fueron en su mayoría por delitos de violencia de género (45 %), seguido de delitos contra la seguridad vial (32 %) y delitos contra el patrimonio (10 %), lo que confirma la escasez de diferencias en seguridad vial, una cierta diferencia en patrimonio a favor de las mujeres y diferencias evidentes en violencia de género y lesiones. Con relación a las suspensiones gestionadas por el SGPMA por contemplar reglas de cumplimiento, en un 96 % se dirigen a los hombres, siendo en el caso de las mujeres en un 27 % por delitos de lesiones, 21% por delitos contra el patrimonio, 14 % delitos contra la seguridad vial y 38 % otros, mientras que en los hombres, un 71 % por delitos de violencia de género, 7 % delitos de lesiones, 7 % delitos contra el patrimonio, 4 % delitos contra la seguridad vial y 10 % otros, lo que refleja claramente el dominio de violencia de género en las suspensiones. De las reglas de conducta no se dan cifras separadas por género, pero que en un 69 % lo sean por delitos de violencia de género, en un 8 % delitos de lesiones, 8 % delitos contra al patrimonio y 4 % delitos de seguridad vial deja meridianamente claro que los hombres son mayoritariamente los destinatarios de estas sanciones con contenidos formativos⁷⁰.

Tabla II. Mandamientos de sanciones comunitarias por tipologías delictivas y género

	Lesiones	Patrimonio	Seguridad vial	Otros	Violencia de género
Mujeres	Suspens 27% TBC 35 %	Suspens 21% TBC 18%	Suspens 14 % TBC 34%	Suspens 38% TBC 13%	- -
Hombres	Suspens 7% TBC 5%	Suspens 7 % TBC 10%	Suspens 4% TBC 32%	Suspens 10% TBC 8%	Suspens 71% TBC 45%

Fuente: Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Informe General 2023

De la valoración de estos datos se desprende que los delitos leves o no violentos con total o algo más de presencia masculina como son violencia de género o seguridad vial, respectivamente, son los que contemplan alternativas como pena principal, mientras que los no violentos cometidos en mayor número por las mujeres, vgr. delitos de tráfico de drogas⁷¹, no las permiten por su elevada penalidad, con lo cual, aunque las mujeres también cometan delitos contra la seguridad vial por los que cumplen trabajos en beneficio de la comunidad⁷², no son los delitos no violentos que más cometen. Esto puede producir una discriminación indirecta puesto que los delitos leves o los carentes de violencia que cometen las mujeres reciben un castigo mayor que los que cometen los hombres⁷³, mientras que en los delitos que conllevan trabajos en beneficio de la comunidad las mujeres tienen una menor representación. Todo ello provoca que los hombres tengan el doble de posibilidades de recibir pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena principal, mientras que en el ámbito de las alternativas, en sentido general, las mujeres presenten el doble de posibilidades de recibir pena de multa⁷⁴, pese a las reticencias judiciales anteriormente señaladas.

⁷⁰ Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, *Informe General 2023* p.189.

⁷¹ Destaca la llamativa desproporción de los delitos de salud pública por los que son condenadas las mujeres, con relación a los hombres, y que en ellas estos delitos representan casi un 50 % de su estancia en prisión PUENTE ALBA, «Perspectiva de género en las condenas por tráfico de drogas», *Oñati Socio-legal series*, vol. 2, nº 6, 2012, pp. 104 y 109.

⁷² La mayoría de mujeres que realizan programas formativos en penas de trabajos en beneficio de la comunidad lo hacen por este delito, VASILESCU /LÓPEZ-RIBA, «Diferencias por sexo entre la población penada a medidas penales alternativas en Cataluña: un análisis con perspectiva de género», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 19, 2021, p.15.

⁷³ PEDROSA, *REIC*, nº16, 2018, p.16. En el mismo sentido JUANATEY DORADO, *RECPyCR*, 20-10, 2018, p.21.

⁷⁴ GUARDIOLA GARCÍA, *RECPyCR*, 26-04, 2004, p. 30.

Esto lleva a pensar que un factor importante que contribuye a que las mujeres lleguen a prisión son los tipos penales que cometen con mayor frecuencia que, pese a no ser violentos en su mayoría, recogen penas muy elevadas, lo que puede explicar su menor presencia en el disfrute de alternativas penales comunitarias⁷⁵. Es evidente que el legislador no ha tomado esa decisión para favorecer a los hombres, lo que implica rechazar que se trate de una «deliberada» discriminación indirecta⁷⁶, pero también lo es que no contemplar sanciones alternativas comunitarias en conductas delictivas de similar gravedad y forma de comisión puede producir esas consecuencias, sin que se acabe de entender las razones que permiten alternativas en unas conductas y no en otras, más allá de la transversalidad social de los destinatarios de algunos de ellas, lo que podría llevar a una cierta discriminación no por género, pero sí por clase social⁷⁷.

De todas estas consideraciones merece una especial mención el delito de tráfico de drogas, uno de los más castigados por la política criminal punitivista, al que muchas mujeres llegan desde la pobreza, la discriminación o la exclusión social, lo que les suele llevar a ocupar un papel muy secundario en el *iter* delictivo por su falta de liderazgo y su instrumentalización por parte de los hombres⁷⁸. Estas conductas delictivas, junto a los delitos patrimoniales no violentos, son una de las principales causas del desproporcionado aumento del índice de encarcelamiento femenino, no solo en el ámbito nacional, sino también en el internacional, lo que explica la necesidad de desarrollar políticas penales alternativas para frenar el endurecimiento de las sanciones penales a las mujeres⁷⁹.

Como muestra de ello, la preocupación por el incremento de mujeres privadas de libertad en Latinoamérica ha llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a redactar un informe en el que se atribuye el aumento del encarcelamiento femenino al endurecimiento de la política criminal de drogas y a la falta de perspectiva de género para abordar esta específica problemática, proponiendo como solución priorizar el uso de alternativas a la prisión con la preferencia de medidas tales como las sanciones económicas, los servicios a la comunidad, mecanismos restaurativos, restitución regímenes de prueba y otros⁸⁰.

En el ámbito nacional, con relación al caso concreto de las mujeres que actúan como correos en el tráfico de drogas («mulas») la Jurisprudencia ha sido muy reacia a admitir la eximente de estado de necesidad por problemas económicos, al entender que la gravedad de estos delitos es muy superior a cualquier problema económico individual que puedan presentar, salvo si se trata de

⁷⁵ La literatura criminológica internacional especializada incide en la gran «paradoja penal» que supone que el índice de encarcelamiento femenino aumente más que el índice de criminalidad femenina, dominado por los hurtos y los delitos de tráfico de drogas. ALMEDA SAMARANCH, «Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España», *Papers*, 2017, 102, 2, p.156.

⁷⁶ GUARDIOLA GARCÍA, *RECPyCR*, 26-04, 2004, p.32.

⁷⁷ GUARDIOLA GARCÍA, *RECPyCR*, 26-04, 2004, p. 36. BLAY, «El trabajo en beneficio de la comunidad como pena para la violencia familiar», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 19, 2007, p.417.

⁷⁸ ACALE SÁNCHEZ, «El factor género como condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina», *Papers*, 102, 2, 2017, p. 4 cita como ejemplos de instrumentalización introducir droga en los establecimientos penitenciarios a sus familiares, hacerse responsables de la droga incautada en sus domicilios, colaborar en los delitos cometidos por sus familiares o la reciente realidad de la delincuencia financiera por amor.

⁷⁹ ALMEDA, *Papers*, 2017, 102, 2, p.156.

⁸⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OEA), *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, 2023, pp. 160 y 169.

evitar un mal inminente como pueda ser el riesgo para la vida de un familiar cercano⁸¹, respuesta que minimiza los efectos de la pobreza y no tiene en cuenta su posible conexión con conductas de trata de personas⁸². Para paliar estos efectos, otra posibilidad es acudir a la atenuante recogida en el art. 368.2 CP que permite a los órganos judiciales rebajar la pena un grado por la escasa entidad de los hechos y las circunstancias personales del culpable, valorados de forma conjunta y ponderada, lo que puede dificultar su aplicación a las mujeres mulas si la cantidad que transportan, al no ser de escasa entidad, no sirve para compensar sus circunstancias personales de pobreza o necesidad, ya que suelen priorizarse los datos objetivos sobre los subjetivos⁸³.

Con la finalidad de actuar sobre la escasa relevancia de la valoración de las circunstancias personales que llevan a las mujeres a realizar estos delitos, resulta de interés la propuesta del Programa de acciones para la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito penitenciario⁸⁴ que plantea reducir la penalización de los delitos de tráfico de drogas cuando se trate de supervivencia económica o participación secundaria en la organización criminal⁸⁵.

3.3. El factor género en la valoración de las circunstancias individuales

La regulación legal de las sanciones comunitarias revela en general una falta de interés por las diferencias específicas que puede presentar la delincuencia femenina, lo que se traduce en un listado de variables generales de carácter neutro que, aunque suelen presentarse más frecuentemente en las mujeres, no se traducen en un mayor número de destinatarias. Si a ello se suma que los contenidos de las sanciones comunitarias a veces reproducen los estereotipos de género⁸⁶, la consecuencia es que la discriminación penitenciaria de las mujeres se refuerza con el uso de las alternativas penales.

La suspensión de la ejecución de la pena tiene como objetivo evitar el ingreso en prisión de corta duración cuando sea razonable esperar que no sea necesario para evitar la comisión futura de nuevos delitos, para lo cual se debe hacer un juicio pronóstico teniendo en cuenta como variables las circunstancias personales, sociales y familiares del penado, sus antecedentes, el esfuerzo por reparar el daño causado, las circunstancias del delito y la conducta posterior al hecho. Una lectura de género sobre estas variables podría arrojar unos resultados bastante favorables a las mujeres ya que en su mayoría han cometido previamente un número reducido de delitos,

⁸¹ Cita de varios ejemplos similares en GIL NOBAJAS, «Mujer y tráfico de drogas. La aplicación del estado de necesidad y de la excusa absolutoria por víctima de trata a las mujeres mulas», en BENITO (coord.), *La protección de las víctimas de violencia de género. Aspectos jurídicos y asistenciales*, 2024, p.93.

⁸² LAURENZO COPELLO, «Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-21, 2019, p.33-34.

⁸³ GIL NOBAJAS, «Mujer y tráfico de drogas. La aplicación del estado de necesidad y de la excusa absolutoria por víctima de trata a las mujeres mulas», en BENITO (coord.), *La protección de las víctimas de violencia de género. Aspectos jurídicos y asistenciales*, 2024, pp. 101-102.

⁸⁴ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, Programa de acciones para la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito penitenciario, 2008, p. 45.

⁸⁵ ACALE SÁNCHEZ, *Papers*, 2017, 102, 2, p. 9.

⁸⁶ VASILESCU/LÓPEZ-RIBA, *REIC*, nº 19, 2021, p.4. En este estudio, precisamente, se corroboran las premisas manejadas por las Reglas de Bangkok para reclamar las necesidades específicas de las mujeres, tales como la mayor incidencia de haber sido víctima de violencia, sufrir enfermedades mentales, no recibir apoyo social y familiar o menor reincidencia pp. 13-14.

generalmente se trata de delitos no violentos, suelen presentar menor riesgo de reincidencia y un alto índice de victimización previa⁸⁷.

De las circunstancias personales que podrían tenerse en cuenta en la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena, adquiere una especial relevancia en las mujeres su historial de victimización anterior de violencia física, psíquica o sexual⁸⁸, su escasa peligrosidad⁸⁹, su vulnerabilidad económica causante en muchas ocasiones de llegar al delito para aportar sustento a la familia, los problemas de salud mental, el impacto de la prisión sobre su entorno o que el delito se haya cometido en el seno de una relación de subordinación dentro del rol social familiar⁹⁰. En este aspecto es especialmente significativo que la mayoría de mujeres latinoamericanas encarceladas en España hayan sido condenadas por delitos de tráfico de drogas actuando como «mulas», después de ser captadas por organizaciones criminales⁹¹ y que, en muchos casos, sean las responsables del sustento de sus familias⁹², lo que les coloca en una situación de víctima-delincuente merecedora de respuestas alternativas al mero encierro.

Por lo que respecta a las prohibiciones y deberes que pueden acompañar a las penas suspendidas, se recoge un listado neutro, sin menciones de género ni mayores indicaciones, con la única referencia para su elección a que se impongan las que resulten necesarias para evitar la comisión de nuevos delitos y que no sean excesivas ni desproporcionadas, por lo tanto, también sin previsión alguna para las circunstancias individuales que puedan presentar las personas penadas, ni mucho menos a las posibles diferencias por género.

Una forma de adaptar su aplicación a los criterios de género sería valorar en su imposición las circunstancias específicas que pueden presentar las mujeres, siendo un ejemplo la nº 9 relativa al cumplimiento de cualquier deber «que el juez o tribunal estimara *conveniente para la rehabilitación social del penado*», previa conformidad de este, siempre que no atente contra su dignidad como persona

Entre los deberes que se pueden imponer destaca por su efecto resocializador la participación en programas formativos, siendo mucho mayor el número de penados varones que se benefician de los mismos, por su obligatoriedad en los delitos de violencia de género en los que la mujer es víctima, no agresora. Esto provoca que se eche en falta una aplicación con criterios de género que la haría especialmente indicada para las mujeres, si con dichos programas de formación o

⁸⁷ La mayoría de mujeres presas indica haber sido previamente víctima de delitos, con una especial incidencia de la violencia de género, FUNDACIÓN APLICADA EN DELINCUENCIA Y SEGURIDAD (FIADYS)/GIMÉNEZ SALINAS/MARTÍNEZ/PÉREZ RAMÍREZ, *Perfil socio-demográfico de las mujeres penadas con medidas penales alternativas a la prisión: Vulnerabilidad y factores de riesgo*. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado nº 133, 2023, pp.49, 52. YAGÜE OLMOS, *REIC*, nº 5, 2007, p.7.

⁸⁸ VASILESCU, *Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género*, 2022, p. 39. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OEA), *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, p. 168. ACALE SÁNCHEZ, *Papers*, 2017, 102, 2, p. 3. NAVARRO VILLANUEVA, *El encarcelamiento femenino*, 2018, p.50, en el caso de España se estima que más de un 80 % de mujeres encarceladas han sufrido previamente estos tipos de violencia.

⁸⁹ CEREZO DOMÍNGUEZ, «La aplicación de las reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española» en ACALE SÁNCHEZ/GÓMEZ LÓPEZ (coord.), *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Pomares, 2015, p.38.

⁹⁰ LÓPEZ DE ZUBIRIA DÍAZ, «La mujer como delincuente: aproximación a la delincuencia femenina a través de un estudio jurisprudencial», *Revista Penal*, nº 51, enero 2023, p.167.

⁹¹ ALCÁZAR ESCRIBANO, *RGDP*, 37, 2022, p.9.

⁹² BORJA JIMÉNEZ, *Revista Penal*, nº 53, enero 2024, pp. 38-63.

inserción laboral se cubrieran carencias que no solo incumplen las exigencias de igualdad y no discriminación, sino que son un lastre para su reinserción social.

Una forma de paliar esta discriminación en la aplicación de las prohibiciones y deberes podría consistir en no enfocarlos tanto al tipo de delito cometido, como ocurre en la actualidad con los programas específicos de violencia de género y de seguridad vial, sino a las circunstancias individuales de sus responsables, en este caso, las mujeres, para crear programas formativos, laborales y culturales de una dimensión de equilibrio socio-cultural cuando la pobreza, la exclusión social, el analfabetismo o la explotación sexual han contribuido a la conducta delictiva, en muchos casos produciendo la doble condición de delincuente-víctima, lo que debería tenerse en cuenta en el diseño y aplicación de las sanciones comunitarias⁹³. En el caso de las mujeres privadas de libertad, el programa Ser Mujer fue creado por Instituciones Penitenciarias como prevención de la violencia de género destinado a desarrollar la autoestima, autonomía y habilidades sociales de las mujeres presas; sus buenos resultados para fomentar la igualdad y el empoderamiento femenino⁹⁴ deberían ser tenidos en cuenta para adaptarlo al medio abierto⁹⁵, lo que serviría tanto como programa formativo de los trabajos en beneficio de la comunidad, como de regla de conducta de la suspensión de la ejecución de la pena.

Valorar las circunstancias específicas, evitando los estereotipos, tiene una especial importancia en las actividades que forman el contenido de los trabajos en beneficio de la comunidad, al preocupar que reproduzcan los estereotipos de rol femenino en la sociedad⁹⁶. Sobre este tema nos encontramos con resultados contradictorios, ya que mientras en algunos estudios se constata que no se dan situaciones de desigualdad porque los contenidos son iguales para ambos géneros⁹⁷, en otros se afirma que las mujeres realizan en su mayoría tareas administrativas, de cuidado o limpieza, mientras las que llevan a cabo prioritariamente los hombres son las de mantenimiento⁹⁸.

En este sentido, un planteamiento de intervención específica en las sanciones comunitarias podría aconsejar unas especiales circunstancias de ejecución consistentes en una intervención amplia y no limitada al delito cometido, como ocurre en el caso de los delitos cometidos mayoritariamente por los hombres, sino más bien en las necesidades individuales⁹⁹, para crear un escenario que favorezca la autonomía y el crecimiento personal y una revisión de las actividades comunitarias para que no perpetúen los estereotipos sociales¹⁰⁰, porque de lo

⁹³ MALLOCH/MCLVOR, «Women and community sentences», *Criminology & Justice*, 11 (4), p. 327.

⁹⁴ VIEDMA/DEL VAL, Evaluación de la eficacia de un programa de tratamiento para el empoderamiento de mujeres en prisión, Documentos Penitenciarios 21, 2019, p.71 ss.

⁹⁵ FUNDACIÓN APLICADA EN DELINCUENCIA Y SEGURIDAD (FIADYS)/GIMÉNEZ SALINAS/MARTÍNEZ/PÉREZ/RAMÍREZ Perfil socio-demográfico de las mujeres penadas con medidas penales alternativas a la prisión: Vulnerabilidad y factores de riesgo, Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado nº 133, 2023, p. 68 ss.

⁹⁶ VASILESCU, *In Dret*, 2, 2019, p. 12.

⁹⁷ RODRÍGUEZ YAGÜE/PASCUAL RODRÍGUEZ, Las mujeres en prisión: La voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de penas impuestas a mujeres a través de la cultura, 2022, p.49.

⁹⁸ VASILESCU, Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género, 2022, p. 96.

⁹⁹ FUNDACIÓN APLICADA EN DELINCUENCIA Y SEGURIDAD (FIADYS)/ GIMÉNEZ SALINAS/ MARTÍNEZ/PÉREZ RAMÍREZ, *Perfil socio-demográfico de las mujeres penadas con medidas penales alternativas a la prisión: Vulnerabilidad y factores de riesgo*, Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado, nº 133, 2023 p. 71.

¹⁰⁰ VASILESCU, Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género, 2022, p. 11.

contrario, se puede correr el riesgo de ofrecer las actividades más accesibles para las mujeres a costa de cerrarles la puerta a la igualdad de oportunidades¹⁰¹.

Finalmente, la importancia de valorar las necesidades específicas de las mujeres en el ámbito de las sanciones comunitarias no puede limitarse a perfilar requisitos o contenidos específicos en su disfrute, sino que debe extenderse a los criterios de supervisión¹⁰², con el fin de incorporar algunas modificaciones que ajusten los criterios de incumplimiento, dada la importancia de los efectos que produce sobre la reincidencia. Las dificultades que presentan las mujeres al enfrentarse a la justicia penal puede encontrar especiales trabas en el cumplimiento de las sanciones comunitarias¹⁰³, lo que puede abordarse adaptando la respuesta punitiva a las especiales circunstancias, vgr. atendiendo la demanda de mayor apoyo emocional por delante del control meramente supervisor¹⁰⁴ o flexibilizando el control para compatibilizar el cumplimiento con las responsabilidades y cargas familiares¹⁰⁵. Todo ello es debido a que en el caso de las mujeres, el incumplimiento suele deberse más a estas razones que a la comisión de un nuevo delito, algo que una perspectiva de género podría abordar¹⁰⁶.

3.4. Adecuación de los programas formativos a las necesidades de género

En los últimos años se ha ido extendiendo la idea de que las mujeres tienen un perfil criminológico diferente al de los hombres, lo que lleva a centrar la atención en analizar los factores especiales de vulnerabilidad que les llevan a la comisión de delitos y a identificar los elementos que provocan la discriminación dentro de la prisión, ya que tales objetivos justifican un tratamiento específico en el ámbito penológico capaz de encontrar respuestas adecuadas a su específica problemática¹⁰⁷. Entre estos factores especiales que acompañan a la experiencia vital de muchas mujeres que han cometido delitos se puede citar la crianza de hijos o tener responsabilidades familiares a su cargo, haber sido víctimas de violencia familiar o sexual, tener un bajo nivel de estudios y escasa o nula actividad laboral al margen de las tareas domésticas, padecer adicciones o enfermedades mentales o formar parte de algún colectivo de exclusión social¹⁰⁸. Todos estos elementos se pueden incrementar con la privación de libertad, lo que justifica utilizar todas las vías posibles para evitar el ingreso en prisión facilitando el acceso a las alternativas penales cuyos contenidos permiten diseñar programas formativos capaces de actuar sobre estas carencias, ya que de lo contrario se corre el riesgo de caer en un ciclo continuado de encarcelamiento motivado por la falta de intervenciones específicas o de una inadecuada supervisión postcarcelaria¹⁰⁹.

¹⁰¹ ACALE SÁNCHEZ, «Preámbulo estadístico y jurisprudencial» en ACALE SÁNCHEZ/GÓMEZ LÓPEZ(coord.) *Derecho Penal, género y nacionalidad*, 2015, p.100.

¹⁰² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OEA), *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, 2023, p. 161.

¹⁰³ MALLOCH/MCLVOR, *Criminology&Justice*, 11 (4), p. 327.

¹⁰⁴ DOMINEY/GELSTHORPE, «Resettlement and the case for women», *Probation Journal*, 2020, vol. 67 (4), p.406.

¹⁰⁵ MALLOCH/MCLVOR, *Criminology&Justice*, 11 (4), p 340.

¹⁰⁶ VASILESCU, *Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género*, pp. 55 y 97.

¹⁰⁷ YAGÜE OLMOS, *REIC*, nº 5, 2007, p.4.

¹⁰⁸ ACALE SÁNCHEZ, «Preámbulo estadístico y jurisprudencial», en ACALE SÁNCHEZ/GÓMEZ LÓPEZ(coord.), *Derecho Penal, género y nacionalidad*, 2015, p.124.

¹⁰⁹ DOMINEY/GELSTHORPE, *Probation Journal*, 2020, vol. 67 (4), pp.395-396.

Los talleres o programas formativos son un ejemplo de contenidos de sanción comunitaria que pueden acompañar tanto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad como a las penas suspendidas, siendo su mayor ventaja que mantienen un enfoque resocializador con la ayuda de la supervisión de profesionales. Con el fin de mantener la pretensión de igualdad de acceso y valoración de las diferencias por género para evitar la discriminación, dos pueden ser los medios de actuación en el ámbito de los contenidos de las sanciones comunitarias, por un lado, crear programas formativos específicos dirigidos a tratar las necesidades individuales de las mujeres y, por otro lado, incorporar la perspectiva de género a los programas formativos ya existentes.

En el primer aspecto la realidad actual es decepcionante ante la ausencia de programas específicos para mujeres porque la oferta de programas formativos, en lugar de adaptarse a las necesidades de los distintos beneficiarios, se rige mayoritariamente por otras motivaciones, vgr. su carácter obligatorio, en el caso de los delitos de violencia de género, o el interés público en la prevención, en el caso de los delitos contra la seguridad vial. Con ello se descuida el desarrollo de otros contenidos de programas formativos e, incluso, del resto de prohibiciones, deberes y prestaciones, lo que está bloqueando su aplicación por la escasa oferta de la que disponen los SGPMA. La consecuencia es que los programas existentes no se ajustan a las necesidades de las mujeres condenadas lo que puede acabar generando una discriminación de facto por no alcanzar a otras conductas delictivas, más allá de las ya mencionadas de seguridad vial o violencia de género, ni garantizar su contenido resocializador en igualdad de condiciones para las mujeres.

Este reduccionismo práctico se compadece mal con el aumento de contenidos de los programas formativos en la previsión legal del art.49 y del art.83.6 CP, cuya constante ampliación puede dar a entender que no decae la confianza del legislador en el desarrollo de programas formativos diversos, si bien es verdad que, una vez más, pensando en tipologías delictivas y no en necesidades individuales de determinados colectivos, como pueda ser el de las mujeres. En este sentido es relevante destacar uno de los más recientes, como es el de igualdad de trato y parentalidad positiva¹¹⁰, porque si bien es cierto que va dirigido a abordar la violencia vicaria como paradigma de las consecuencias de la violencia de género en los hijos de las víctimas, su propuesta de revisar el rol de la paternidad a través del fomento de prácticas de cuidados no estereotipadas, ni sexistas, puede servir para reducir la violencia ambiental, fomentar las relaciones saludables con los hijos y desarrollar un aprendizaje de la crianza con perspectiva de género en la línea de lo mantenido a lo largo del trabajo.

Respecto a la incorporación de la perspectiva de género en los programas ya consolidados, como puedan ser los delitos contra seguridad vial, resulta necesario detectar aquellas necesidades específicas de las mujeres que puedan justificar la adaptación de sus contenidos. En este sentido se puede destacar el estudio de las diferencias de género en los delitos contra la seguridad vial realizado por Instituciones Penitenciarias que lleva a recomendar la necesidad de tenerlas en cuenta en el diseño de los talleres formativos TASEVAL y PROSEVAL, introduciendo el estudio de género en los programas formativos contra la seguridad vial para que, más allá de exponer las diferencias cuantitativas, se profundice en las cualitativas¹¹¹.

¹¹⁰ El programa padres y madres sin barreras inspirado en la Recomendación CM/Rec (2018) del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre los niños con padres encarcelados se ha empezado a ofrecer en los centros penitenciarios de Canarias, RIVAS BORRELL/ BELTRANO (coords.), *Parentalidad positiva. Una mirada a una nueva época*, 2022, p.178.

¹¹¹ SECRETARIA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Estudios e investigaciones en prisión y medidas alternativas*. Documentos penitenciarios 25, 2021, pp. 466 y 507.

4. Conclusiones

Si las condiciones adversas previas que acompañan a las mujeres en su experiencia vital incrementan la aflictividad de la prisión y el propio encarcelamiento provoca una ejecución penitenciaria discriminatoria, por no disfrutar de las mismas condiciones de cumplimiento que los hombres, el recurso a las sanciones alternativas resulta especialmente necesario para evitar los efectos nocivos generales de la prisión y los específicos que afectan con mayor intensidad a las mujeres.

El crecimiento de las sanciones alternativas, en particular las sanciones comunitarias, no muestra que alcancen por igual a hombres y mujeres porque al no estar configuradas con perspectiva de género se ignora las especiales circunstancias que acompañan a las mujeres al ingresar en prisión y las que pueden ser relevantes para valorar la necesidad de sanciones alternativas.

Extender la perspectiva de género a las alternativas penológicas implica impulsar su utilización en un colectivo vulnerable en el que la prisión tiene una especial dureza y perfilar unos contenidos específicos que se adapten a las necesidades propias de las mujeres. Pese a que la mayoría de los delitos que llevan a las mujeres a prisión son delitos no violentos o no graves, la previsión legal de las sanciones comunitarias está concebidas especialmente para tipologías delictivas masculinizadas, lo que provoca una discriminación indirecta que debe ser corregida con la revisión de las conductas delictivas merecedoras de sanciones alternativas por sus especiales circunstancias, como podría ser el tráfico de drogas o el hurto.

El excesivo peso de las tipologías delictivas en el desarrollo de los contenidos de las sanciones comunitarias no puede dejar de prestar atención a las características individuales de las personas que las cumplen, ni ignorar la importancia de las que suelen acompañar a las mujeres como el historial de victimización anterior, la vulnerabilidad socio-económica, el impacto de la prisión sobre su entorno o la comisión del delito en el seno de una relación de subordinación dentro del rol social patriarcal.

Los programas formativos y demás reglas de conducta que acompañan a las sanciones comunitarias deben incluir criterios de género para adaptar sus contenidos y su forma de supervisión a las necesidades específicas de las mujeres, con el fin de ser útiles para la reinserción social.

Para poder incorporar la perspectiva de género al diseño de las alternativas penales de manera que se puedan atender las necesidades específicas de las mujeres resulta necesario que los datos penitenciarios reflejen en todos los ítems la diferenciación por sexo y que esta misma exigencia se traslade a todos los datos relacionados con las alternativas penales.

5. Bibliografía

ABEL SOUTO, Miguel, «La suspensión de la ejecución de la pena en los casos de violencia sexista», en FERNÁNDEZ TERUELO, JAVIER/GARCÍA AMEZ, JAVIER/FERNÁNDEZ RIVERA, PAZ (dirs.), *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp.275-285.

ABEL SOUTO, Miguel, «Suspensión de la ejecución de la pena», en ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER (dir.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 291-310.

ACALE SÁNCHEZ, María, «El factor género como condicionante de la victimización y de la criminalidad femenina», *Papers*, 102, 2, 2017, pp. 231-259.

ACALE SÁNCHEZ, María, «Preámbulo estadístico y jurisprudencial», en ACALE SÁNCHEZ, MARÍA/GÓMEZ LÓPEZ, ROSARIO (coord.), *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Pomares, 2015, p.91-100.

AEBI, Marcelo/COCCO, Edoardo/HASHIMOTO, Yuji, «Probation and prisons in Europe, 2022: Key findings of the SPACE reports», *Series UNILCRIM 2023/3*, Council of Europe and University of Lausanne, 2022.

AEBI, Marcelo/HASHIMOTO, Yuji, *SPACE II-2022, Council of Europe Annual Penal Statistics: Persons under the supervision of probation agencies*, Consejo de Europa, 2022.

ALASTUEY DOBÓN, Carmen, «Suspensión de la ejecución de la pena de prisión con imposición de “prestaciones o medidas”», *Revista de Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XII, 2021, pp. 1225-1309.

ALCÁZAR ESCRIBANO, M^a Angustias, «Alternativa a la prisión: una cuestión de justicia y género», *Revista General de Derecho Penal*, 37, 2022, pp. 1-54.

ALMEDA SAMARANCH, Elisabet, «Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España», *Papers*, 102, 2, 2017, pp. 151-181.

BARBERET, Rosemary/JACKSON, Crystal, «UN Rules for the Treatment of Women Prisoners and NON-Custodial Sanctions for Women Offenders (the Bangkok Rules): A Gendered Critique», *Papers*, 102, 2, 2017, pp. 215-230.

BIRKETT, Gemma, «Transforming women’s rehabilitation? An early assessment of gender specific provision in three Community Rehabilitation Companies», *Criminology & Criminal Justice*, 19(1), 2019, pp.98-114.

BLAY, Ester/VARONA, Daniel, «El castigo en España del siglo XXI. Cartografiando el iceberg de la penalidad», *Política Criminal*, vol. 16, n° 31, junio 2021, pp.115-145.

BLAY, Ester, «Nuevos tópicos acerca del trabajo en beneficio de la comunidad: la necesidad de una discusión basada en conocimientos empíricos», *In Dret*, 4, 2007, pp.1-18.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano, «Política Criminal del Código Penal frente a los hechos delictivos perpetrados con relevancia femenina», *Revista Penal*, n° 53, enero 2024, pp. 38-63.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, «Las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y localización permanente», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp.243-258.

CANO CUENCA, Adoración, «Suspensión de la ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prestaciones», en GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (dir.), *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 343-376.

CARLEN, PAT, «Women's imprisonment: an introduction to the Bangkok Rules», *Revista crítica penal y poder*, nº 3, 2012, pp. 148-157.

CARLEN, Pat/ WORRALL, Anne, *Analysing Women's Imprisonment*, Willan Publishing, 2004.

CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO/DE CABO, Gema/HENAR, Leticia/CALVO, María, *Análisis de la perspectiva de género en algunas estadísticas españolas y propuestas de mejora*, Instituto de la mujer, Madrid, 2009.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana Isabel, «La aplicación de las reglas de Bangkok a la normativa penitenciaria española», en ACALE, MARÍA/GÓMEZ, ROSARIO (coords.), *Derecho Penal, género y nacionalidad*, Pomares, 2015, pp.25-44.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, «Mujer, prisión y no discriminación: del legado de Concepción Arenal a las reglas de Bangkok», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XLI, 2021, pp.551-591.

CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, «Las prisiones de mujeres desde una perspectiva de género», *Revista General de Derecho Penal*, nº 5, 2006, pp.1-25.

CID MOLINÉ, José, «El futuro de las alternativas a la prisión en España», *In Dret*, 1, 2025, pp.267-296.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (OEA), *Mujeres privadas de libertad en las Américas*, 2023.

DEL VAL, Consuelo/VIEDMA, Antonio/REVIRIEGO, Fernando, «Hacia una medida objetiva de la discriminación en la cárcel: indicadores e índice de punición», *Revista Criminalidad*, vol. 55(2), 2013, pp. 29-47.

DOMINEY, Jane/GELSTHORPE, Loraine, «Resettlement and the case for women», *Probation Journal*, 2020, vol. 67 (4), pp. 393-409.

FUNDACIÓN APLICADA EN DELINCUENCIA Y SEGURIDAD (FIADYS)/GIMÉNEZ SALINAS, Andrea/MARTÍNEZ PÉREZ, Carla/PÉREZ RAMÍREZ, Meritxell, *Perfil socio-demográfico de las mujeres penadas con medidas penales alternativas a la prisión: Vulnerabilidad y factores de riesgo* Catálogo de comunicaciones de la Administración General del Estado nº 133, Madrid, 2023.

GARCÍA ALBERO, Ramón, «La suspensión de la ejecución de las penas», en QUINTERO OLIVARES, GONZALO (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi 2015, pp.143-171.

GIL NOVAJAS, María Soledad, «Mujer y tráfico de drogas. La aplicación del estado de necesidad y de la excusa absolutoria por víctima de trata a las mujeres mulas», en BENITO SÁNCHEZ, DEMELSA (coord.), *La protección de las víctimas de violencia de género, Aspectos jurídicos y asistenciales*, 2024, pp. 87-114.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier, «Las penas comunitarias en el sistema español: sobre las alternativas a la prisión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 26-04, 2004, pp. 1-40.

JUANATEY DORADO, Carmen, «Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-10, (2018), pp.1-32.

LARRAURI PIJOAN, Elena, «Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n^a 8, 2010, pp.1-26.

LARRAURI PIJOAN, Elena, «¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia domestica?», en *Mujeres y sistema penal*, Buenos Aires, 2008.

LAURENZO COPELLO, PATRICIA, «Mujeres en el abismo: delincuencia femenina en contextos de violencia o exclusión», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 21-21, 2019, pp. 1-42.

LÓPEZ DE ZUBIRIA DÍAZ, Sandra, «La mujer como delincuente: aproximación a la delincuencia femenina a través de un estudio jurisprudencial», *Revista Penal*, n^o 51, enero 2023, pp.165-176.
MALLOCH, MARGARET/MCLVOR, Gill, «Women and community sentences», *Criminology & Justice*, 11 (4), pp. 325-344.

MAPELLI CAFFARENA, Borja, «Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006, n^o 8, pp. 1-44.

NAVARRO VILLANUEVA, Carmen, *El encarcelamiento femenino*, Atelier, Barcelona, 2018.

PEDROSA, Albert, «¿Discrimina el Código penal español a las mujeres?», *Revista Española de Investigación Criminológica*, n^o 16, 2018, pp. 1-22.

PUENTE ALBA, Luz María, «Perspectiva de género en las condenas por tráfico de drogas», *Oñati Socio-legal series*, vol. 2, n^o 6, 2012, pp 97-121.

RIVAS BORRELL, Sonia/BELTRANO, Carlos (coords.), *Parentalidad positiva. Una mirada a una nueva época*, Ed. Pirámide, 2022.

RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina/PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, *Las mujeres en prisión. La voz que nadie escucha. Explorando nuevas vías de cumplimiento de penas impuestas a mujeres a través de la cultura*, ed. Fundación Gabeiras, 2022.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Estudios e investigaciones en prisión y medidas alternativas*, Colección Documentos penitenciarios 25, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 2021.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *La situación de la mujer privada de libertad en la Institución Penitenciaria*, 2019.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *Programa de acciones para la igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito penitenciario*, Ed. Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica, 2008.

SOLAR CALVO, Puerto, «Medidas alternativas y sistema penitenciario. Acumulación versus alternatividad», *Revista General de Derecho Penal*, n^o 32, 2019, pp.1-32.

TAPIA ORTÍZ, Miriam, «Las penas y las medidas comunitarias. La Administración Penitenciarias en el siglo XXI», *Revista Estudios Penitenciarios*, nº 3, 2019, pp.323-336.

TRAPERO BARREALES, María, «El nuevo régimen de prestaciones o medidas en la suspensión: art. 80.3 y 84 del Código penal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 16, (2016), pp.157-223.

VARONA GÓMEZ, Daniel, «La suspensión de la pena de prisión: razones de una historia de éxito», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 17 (2019), pp. 1-37.

VASILESCU, Cristina «Analizando los trabajos en beneficio de la comunidad en Cataluña desde una perspectiva de género» *Política Criminal*, vol.18, nº35, 2023, pp. 1-33.

VASILESCU, Cristina, *Mujeres y penas alternativas a la prisión. Una mirada con perspectiva de género*, Dykinson, Madrid, 2022.

VASILESCU, Cristina /LÓPEZ-RIBA, José María, «Diferencias por sexo entre la población penada a medidas penales alternativas en Cataluña: un análisis con perspectiva de género», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 19, 2021, pp. 1-25.

VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina, «Trabajos en beneficio de la comunidad», en ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER/GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS(dirs), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 107-110.

VIDEIRA, Antonio/DEL VAL, Consuelo, *Evaluación de la eficacia de un programa de tratamiento para el empoderamiento de mujeres en prisión*, Documentos Penitenciarios 21, Ministerio del Interior. Secretaría General Técnica. Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades, 2019.

VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina/TORRES ROSELL, Nuria, «El nuevo régimen de ejecución de las sanciones alternativas a la prisión», *Revista Derecho y proceso penal*, nº 27, 2012, pp. 227-278.

YAGÜE OLMOS, Concepción, «Mujeres en prisión. Intervención basada en sus características, necesidades y demandas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, nº 5, 2007, pp.1-24.

Ana Belén Gómez Bellvís
Universidad Miguel Hernández
de Elche

Los efectos contraproducentes de la sanción penal

Una cartografía

Sumario

-

Este trabajo parte de la necesidad de explorar los efectos contraproducentes que puede generar la norma y sanción penal, más allá de su pretendida función preventiva. A través de una revisión crítica de la literatura, se propone una cartografía de estos efectos, atendiendo tanto al momento de comunicación como de aplicación de la norma, y distinguiendo entre aquellos que inciden directamente en el individuo y los que afectan de forma más general al conjunto de la ciudadanía. Se plantea que el castigo puede activar mecanismos que, en lugar de fomentar el cumplimiento, erosionan la legitimidad del sistema penal, generan oposición moral o provocan reacciones de desconfianza, cinismo y desafección hacia las normas. La norma penal, entendida únicamente como instrumento disuasorio, corre el riesgo de ignorar las normas sociales implícitas y la importancia de la legitimidad percibida. Esta omisión puede derivar en respuestas sociales que comprometen su eficacia e incluso estimulan el incumplimiento. Frente a la tendencia legislativa a reforzar el castigo sin evaluar sus consecuencias, este trabajo subraya la necesidad de considerar empíricamente no solo los efectos preventivos del castigo, sino también aquellos que pueden resultar especialmente nocivos para la credibilidad del sistema penal.

Abstract

-

This work stems from the need to explore the counterproductive effects that legal norms and penal sanctions may generate beyond their intended preventive function. Through a critical review of the literature, it proposes a mapping of these effects, taking into account both the moment of communication and application of the norm, and distinguishing between those that directly affect the individual and those with broader impacts on the general public. It is argued that punishment can activate mechanisms that, rather than promoting compliance, erode the legitimacy of the penal system, generate moral opposition, or provoke reactions of distrust, cynicism, and disengagement from legal norms. When the penal norm is understood solely as a deterrent instrument, it risks overlooking implicit social norms and the significance of perceived legitimacy. This omission may lead to social responses that undermine its effectiveness and may even encourage noncompliance. In light of the legislative tendency to reinforce punishment without assessing its consequences, this work highlights the need to empirically consider not only the preventive effects of punishment, but also those that may prove especially harmful to the credibility of the penal system.

Title: *The counterproductive effects of criminal sanctions: A cartography*

-

Palabras clave: desafío, desobediencia, efectos adversos, cumplimiento normativo, sistema penal

Keywords: *defiance, disobedience, adverse effects, compliance, penal system*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.11

-

1.2026

Recepción
02/06/2025

-

Aceptación
12/01/2026

-

Índice

-

1. Introducción

2. El gran olvidado del cumplimiento normativo: el incumplimiento

3. Una cartografía de los efectos contraproducentes de la sanción penal

3.1. Efectos contraproducentes producidos por la comunicación de la norma

- a. Una pena es un precio
- b. Activación de normas sociales negativas
- c. Oposición moral a la norma

3.2. Efectos contraproducentes producidos por la aplicación de la norma

- a. Efecto desafío
- b. Efecto reactancia

3.3. Efectos de carácter general y latentes

- a. Incredulidad moral
- b. Desafío general
- c. Posturas de desafío
- d. Abandono de la cooperación y eficacia colectiva

4. Consideraciones finales

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento – No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

En la literatura de las ciencias sociales, desde hace décadas, se vienen tratando de abordar respuestas sólidas a la pregunta sobre por qué las personas cumplen con las normas¹. Esta pregunta se puede responder de diferente manera dependiendo del enfoque desde el cual estemos mirando la pregunta, la disciplina e incluso el autor que la esté contestando: ¿es porque el potencial infractor tiene miedo a la sanción formal asociada con el comportamiento incumplidor? Si la respuesta es afirmativa, se estaría confirmando la hipótesis de la disuasión general o prevención general negativa, enunciada por autores ilustrados como BECCARIA², BENTHAM³ o FEUERBACH⁴ y analizada empíricamente por autores como PATERNOSTER, NAGIN, POGARSKY, PIQUERO, entre muchos otros⁵. ¿Es, en cambio, porque el sujeto que se plantea infringir toma en consideración lo que indican las normas sociales? Si la respuesta es afirmativa, entonces, se confirmarían las hipótesis de las teorías de la influencia social, desarrolladas y puestas a prueba por autores procedentes de la psicología social tan influyentes como CIALDINI⁶ e integradas en los trabajos de autores como KAHAN⁷ o MIRÓ LLINARES⁸. ¿O es porque el sujeto tiene en cuenta para la toma de decisiones su propio sistema de valores y su percepción de la legitimidad experienciada con la norma y/o las autoridades que la aplican? Si esta es la última razón, entonces se estarían confirmando las hipótesis relacionadas con el enfoque de la legitimidad sustantiva y procedimental, puestas de relieve por autores como ROBINSON⁹ o TYLER¹⁰. Sea como fuere, la investigación teórica y empírica, especialmente internacional, se ha preocupado por responder a la pregunta *Why people obey the law?*¹¹

* Ana Belén Gómez Bellvís: ana.gomez@umh.es. Este trabajo ha sido desarrollado en el marco de la Ayuda para estancias de movilidad en el extranjero José Castillejo para jóvenes doctores 2023, concedida en diciembre de 2024, con el proyecto titulado "REBEL. Cumplimiento y desafío de la norma: cartografía de los efectos (indeseables) de la intervención del Derecho" (Referencia: CAS23/00086), y desarrollado en la Universidad de Ámsterdam. Igualmente, en el marco del proyecto de I+D+i PID2021-125730OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por "FEDER Una manera de hacer Europa".

¹ Véase VAN ROOIJ/SOKOL (EDS.), *The Cambridge handbook of compliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

² BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (Traducción de Juan Antonio de las Casas), Alizanza Editorial, 2023 (originalmente publicado en 1764).

³ BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books Kitchener, 2000 (publicado originalmente en 1789).

⁴ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal* (Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), Hammurabi, 1989 (publicado en 1801).

⁵ Véase la revisión exhaustiva de la literatura sobre la evolución de la teoría de la disuasión desde su enunciación por los autores de la ilustración y todos sus desarrollos posteriores realizados a partir de las distintas aportaciones realizadas por la economía, la criminología y la economía del comportamiento en GÓMEZ BELLVÍS, «Desde Feuerbach hasta Kahneman: Un análisis de la evolución de la teoría de la disuasión general», *Revista General de Derecho Penal*, (41), 2024. Asimismo, la obra colectiva NAGIN/CULLEN/JONSON, *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23. Contemporary Perspectives*, Routledge, 2018.

⁶ Por ejemplo, y como trabajo especialmente relevante, CIALDINI/ KALLGREN/ RENO, «A focus theory of normative conduct: A theoretical refinement and reevaluation of the role of norms in human behavior», en *Advances in Experimental Social Psychology*, 24, 1991.

⁷ KAHAN, «Social influence, social meaning, and deterrence», *Va. L. Rev.*, 83, 1997, p. 349.

⁸ MIRÓ LLINARES, «La función de la pena ante 'el paso emérico' del Derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, (27), 2017.

⁹ ROBINSON, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford University Press, 2013.

¹⁰ TYLER, *Why people obey the law*, Princeton University Press, 2006 (reimpresión de la edición original de la obra de 1990 editada por Yale University Press).

¹¹ Como se verá en el segundo apartado, esos serían los principales enfoques desde los cuales se ha abordado principalmente dicha pregunta, haciendo referencia a la existencia de razones económicas o de maximización de la utilidad, sociales y morales (NETTER, «Avoiding the Shameful Backlash: Social

Así, este “nuevo”¹² campo de estudio social básicamente pretende establecer cuáles son los mecanismos que influyen en que las personas tomen la decisión de cumplir con las normas o, más bien, cuáles son los mecanismos que se activan en la interacción “Derecho-conducta” y que dan como resultado un comportamiento cumplidor¹³. La cuestión no es menor, pues, si somos capaces de discernir por qué, cuáles y cuándo esos mecanismos se ponen en marcha, podremos indicar cómo deben elaborarse y comunicarse las normas *ex ante*¹⁴ para que las mismas sean cumplidas más y de la manera menos costosa. Ello es especialmente interesante con respecto a las conductas que pueden considerarse como “*mala quia prohibita*”, esto es, aquellas conductas que están mal porque están prohibidas (e.g. conducción sin licencia, algunas expresiones ofensivas, la piratería digital, etc.) y no porque sean conductas malas en sí mismas como un homicidio, una violación, etc. (“*malum in se*”)¹⁵.

Para ello, la literatura sobre cumplimiento normativo bebe del conocimiento procedente de distintas disciplinas como la criminología, la psicología social y cognitiva, la sociología, la economía, entre otras¹⁶. Cada una de estas disciplinas, como indicaba al inicio, por separado y desde su epistemología, han tratado de elaborar teorías que explican el comportamiento de las personas hacia las normas. Sin embargo, ha habido un esfuerzo relativamente reciente por tratar de desenmarañar los hallazgos de diferentes ámbitos de las ciencias sociales y clasificar los distintos mecanismos que estarían detrás del cumplimiento de las normas¹⁷ con el objetivo de ofrecer una imagen más completa y holística. Con respecto a estos mecanismos, la literatura reciente ha dado incluso un paso más allá. Ahora ya no se trata solo de comprobar que las variables de los distintos enfoques teóricos de cumplimiento están relacionadas con el cumplimiento pasado autoinformado de los participantes de los distintos estudios, sino que se propone indagar cómo interactúan unas variables con otras a través de la aplicación de análisis matemáticos complejos más presentes en otras ramas como la psicología (e.g. análisis de redes)¹⁸, entendiendo que la realidad es mucho más compleja de lo que proponen las teorías por

Repercussions for the Increased Use of Alternative Sanctions», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 96(1), 2005)

¹² Digo “nuevo” entre comillas porque se trata de una pregunta de investigación básica en cualquier disciplina social que se pregunte por el castigo y, por tanto, se han ofrecido respuestas desde siempre: a veces más normativas a veces más empíricas, pero desde luego no se puede decir que preguntarnos por lo que lleva al sujeto a cumplir es en nada una pregunta novedosa. Lo que sí es novedoso es la tendencia de hace pocos años en la literatura por sistematizar el cuerpo de evidencias y las diferentes respuestas que se le han ido ofreciendo a esta pregunta de investigación desde distintas teorías y disciplinas. Véase al respecto una recopilación en GÓMEZ BELLVÍS, *Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos*, Valencia, Tirant lo Blanch, (en prensa).

¹³ VAN ROOIJ, «Behavioral Jurisprudence: The Quest for Knowledge about the Exante Function of Law and Behavior», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 22(1), 2019; BOTTOMS, «Understanding compliance with laws and regulations: a mechanism-based approach», en KRAMBIA-KAPARDIS (Ed.), *Financial Compliance: Issues, Concerns and Future Directions*, Cham, Springer International Publishing, 2019.

¹⁴ VAN ROOIJ, «Holistic Behavioral Jurisprudence: Unpacking the Complexity of Law and Behavior», en *Jerusalem Review of Legal Studies*, 28(1), 2023.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, «El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos», *Revista Criminalia Nueva Época*, 90(1), 2024.

¹⁶ BOTTOMS, en KRAMBIA-KAPARDIS (Ed.), *Financial Compliance: Issues, Concerns and Future Directions*, 2019, pp. 1-45.

¹⁷ BOTTOMS, en KRAMBIA-KAPARDIS (Ed.), *Financial Compliance: Issues, Concerns and Future Directions*, 2019, pp. 1-45.; VAN ROOIJ/FINE, *The Behavioral Code: the Hidden Ways the Law Makes Us Better or Wors*, Beacon Press, 2021; VAN ROOIJ, *Jerusalem Review of Legal Studies*, 28(1), pp. 95-111.

¹⁸ KUIPER, ET AL., «A Network Approach to Compliance: A Complexity Science Understanding of how Rules Shape Behavior», *Journal of Business Ethics*, 184, 2023.

separado¹⁹. Y todo ello porque, de nuevo, el objetivo último es ofrecer información empírica a los legisladores y decisores políticos sobre cómo hacer las normas y generar un contexto normativo adecuado que favorezca el cumplimiento voluntario de las mismas desde un enfoque similar a la política criminal basada en pruebas empíricas²⁰. Hasta aquí se puede decir que la literatura ha avanzado considerablemente, tanto en la propuesta de enfoques de explicación general del cumplimiento de las normas²¹, como desde una perspectiva mucho más específica en áreas de estudio concretas como podrían serlo el pago de impuestos y la conducta infractora consistente en tratar de evadirlos²², la seguridad vial y las conductas infractoras como el exceso de velocidad o la conducción influenciada²³, la propiedad intelectual y las conductas de piratería digital²⁴, la libertad de expresión y las conductas ofensivas en redes sociales²⁵, el cumplimiento de las normas de distanciamiento social establecidas por la pandemia²⁶, etc.

Pese a lo anterior, ha tendido a haber y persistir un punto ciego: el hecho de que este ámbito de investigación se haya centrado intensamente en el cumplimiento propiamente dicho, no ha dejado apenas espacio a la reflexión sobre qué sucede cuando esa misma norma y por esos mismos elementos o mecanismos no genera cumplimiento sino otros efectos relacionados con el incumplimiento o con la erosión de la norma creada por la sanción penal, salvo recientes excepciones²⁷. Uno de los autores que más claramente puso sobre la mesa la necesidad de elaborar una “ciencia de los efectos de la sanción”, al menos en el ámbito de la criminología, fue Lawrence W. SHERMAN, cuando propuso a principios de los 90 la necesidad de plantearse la pregunta “¿en qué condiciones cada tipo de sanción penal reduce, incrementa o no tiene ningún efecto en la delincuencia futura?”²⁸. Más allá de su propuesta de la teoría del desafío, en la que me detendré más adelante, lo que pone de relieve su aportación es precisamente señalar la necesidad de que nos planteemos e investiguemos los posibles efectos de la sanción penal (todos, no solo los preventivos), algo que hasta entonces en criminología, según el autor, impedía la bifurcación en la literatura entre dos teorías que compiten en términos de hipótesis sobre los

¹⁹ VAN ROOIJ, Jerusalem Review of Legal Studies, 28(1), p. 107.

²⁰ CASTRO-TOLEDO/GÓMEZ BELLVÍS, «Política criminal basada en evidencias: alcance, bases científicas y retos», en RUIZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Manual de Política Criminal*, Atelier, Barcelona, 2022; GÓMEZ-BELLVÍS, *Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos*, (en prensa).

²¹ MIRÓ LLINARES, en Revista General de Derecho Penal, (27), 2017; GÓMEZ-BELLVÍS, *Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos*, (en prensa); VAN ROOIJ/SOKOL (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, 2021.

²² GÓRECKI/LETKEI, «Social Norms Moderate the Effect of Tax System on Tax Evasion: Evidence from a Large-Scale Survey Experiment», *Journal of Business Ethics*, 172, 2020.

²³ MIRÓ LLINARES/BAUTISTA ORTUÑO, «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», *Indret*, (4), 2013.

²⁴ GÓMEZ BELLVÍS, «Crónica de una ineficacia anunciada: un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual», *Indret*, (1), 2019.

²⁵ MIRÓ LLINARES/GÓMEZ BELLVÍS, «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», *Spanish Journal of Legislative Studies*, (1), 2020.

²⁶ GÓMEZ BELLVÍS, «La disuasión penal en el estado de alarma: sobre la eficacia de la amenaza del castigo de la desobediencia al confinamiento», *Indret*, (4), 2020.

²⁷ VAN ROOIJ/KUIPER/PIQUERO, «How Legal Punishment Affects Crime: An Integrated Understanding of the Law's Punitive Behavioral Mechanisms», *UC Irvine School of Law Research Paper Forthcoming*, 2024; GÓMEZ BELLVÍS, *Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos*, (en prensa).

²⁸ SHERMAN, «Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction», *Journal of research in Crime and Delinquency*, 30 (4), 1993, p. 445.

efectos del castigo: la teoría de la disuasión²⁹ y la del etiquetamiento³⁰; y en Derecho penal quizás también lo haya impedido el crónico debate normativo sobre la función del castigo, es decir, sobre las teorías de la pena³¹.

Con la perspectiva que ofrece el paso del tiempo, sin embargo, da la sensación de que tal reclamo del criminólogo estadounidense no ha sido especialmente atendido. Quizás, el hecho de que no haya calado en la investigación dicha tarea ha provocado que tendamos a ignorar preguntas de investigación como la relativa a cuáles son los efectos adversos de la sanción que es, a mi juicio, relevante para ofrecer una política penal lo más racional posible desde el punto de vista instrumental³², y también el pasar por alto teorías y hallazgos procedentes de otras disciplinas como la psicología que pudieran sernos útiles para comprender la interacción “Derecho-persona”, favoreciendo así una asistematicidad importante en torno a los posibles efectos contraproducentes de la sanción. Derivado de lo anterior, el objetivo general de este trabajo es presentar una cartografía de los efectos indeseados que la sanción penal puede producir en función de los diferentes momentos de esta (enunciación – aplicación) y de a quién afectan (concretos-generales), y a partir de los principales mecanismos identificados en diferentes disciplinas. Todo ello partiendo de la idea de la necesidad de pensar en la sanción penal desde una perspectiva *ex ante*, abandonando las dicotomías teóricas y discutiendo en qué medida distintos mecanismos pueden perjudicar la prevención que se puede dar a través de las normas. Para ello, primero resumiré los principales mecanismos o elementos motivadores de cumplimiento que la literatura ha identificado como relevantes, para posteriormente realizar una cartografía de los potenciales efectos contraproducentes derivados también de los mismos elementos.

2. El gran olvidado del cumplimiento normativo: el incumplimiento

Recientemente, en una conferencia ofrecida por Tom TYLER³³, el autor hacía referencia al cambio de enfoque que supuso su trabajo sobre el cumplimiento de las normas porque hasta entonces, según él, esencialmente la criminología pero también el Derecho penal, se habían centrado únicamente en la conducta infractora, en el delincuente, en entender los correlatos de la delincuencia, y en el enfoque economicista de toma de decisiones basadas en el riesgo y la sanción. Este enfoque, sostiene el autor, partía de la asunción de que las personas se motivan únicamente a partir de elementos externos que entran a formar parte del cálculo racional. En cambio, él, posiblemente por ser psicólogo social, entendía que era necesario ofrecer una perspectiva distinta, es decir, investigar qué es lo que lleva a la mayoría de la ciudadanía a obedecer las normas. Es por ello por lo que su trabajo se centró en entender los mecanismos

²⁹ Sobre esta teoría, su evolución y acervo empírico sobre la misma véase GÓMEZ BELLVÍS, en *Revista General de Derecho Penal*, 2024.

³⁰ Sobre la misma véase FARRINGTON/MURRAY (Eds.), *Labeling Theory . Empirical Tests*, New York, Routledge, 2014.

³¹ Véase una revisión de este debate en RODRÍGUEZ HORCAJO, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

³² Sobre la racionalidad instrumental, más ampliamente, Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003; asimismo y desde el punto de vista de la justificación de las leyes, PAREDES CASTAÑÓN, *La justificación de las leyes penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

³³ Organizada por VCOMP Voluntary Compliance Lab. Puede encontrarse en el siguiente enlace: <https://shorturl.at/Ftwbx> [último acceso 28/05/2025]

internos como la legitimidad percibida como vector del cumplimiento voluntario de las normas³⁴. A su obra le han seguido multitud de autores y estudios que han tratado de recoger esa observación del autor y de investigar, a través de distintos enfoques de cumplimiento, por qué la mayor parte de las personas cumplen con las normas. No hace falta poner más énfasis en la idea de que desde entonces la literatura sobre el cumplimiento normativo ha crecido considerablemente y que gracias a esta forma de entender la relación “Derecho-conducta”, actualmente sabemos mucho más sobre los mecanismos internos que dan lugar al cumplimiento voluntario de las normas³⁵.

Sin embargo, creo que con la intención de escapar de los anteriores enfoques criminológicos que se centraban únicamente en el delincuente o en el enfoque de la disuasión, se ha obviado el estudio y reflexión sobre los efectos contraproducentes que puede producir la interacción “Derecho-conducta” generada por esos mismos elementos internos y externos estudiados por la literatura del cumplimiento normativo. Hasta donde mi conocimiento alcanza, son pocos y muy recientes los trabajos que han abordado esta pregunta de investigación entre los expertos en materia de cumplimiento normativo. En concreto, solo VAN ROOIJ y colaboradores³⁶ han realizado un esfuerzo por sistematizar los posibles efectos contraproducentes que puede tener el castigo³⁷. En un trabajo reciente los autores identifican trece mecanismos a través de los cuales el castigo puede moldear la conducta delictiva. Entre ellos, señalan cinco mecanismos que tendrían un efecto positivo al reducir el delito³⁸, mientras que los ocho restantes hipotetizan que tendrían un efecto negativo por estimular el incumplimiento. Entre los efectos negativos identifican los “criminógenos”³⁹; el desplazamiento de las normas sociales positivas⁴⁰; la activación de normas

³⁴ Sobre la legitimidad como constructo y su relación con el cumplimiento de las normas, véase una revisión en NAGIN/TELEP, «Procedural Justice and Legal Compliance», *Annual Review of Law and Social Science*, 13, 2017.

³⁵ VAN ROOIJ/SOKOL (EDS.), *The Cambridge handbook of compliance*, 2021.

³⁶ VAN ROOIJ/KUIPER/PIQUERO, en UC Irvine School of Law Research Paper Forthcoming, 2024.

³⁷ No es que la investigación sobre los diferentes efectos contraproducentes sea inexistente, de lo contrario no habría sido posible siquiera plantear una cartografía como la que se esboza en este trabajo. Lo que es auténticamente escasa es su sistematización, su puesta en común. Posiblemente porque la pregunta sobre los efectos adversos de la norma penal haya pasado inadvertida ante el foco que ha recibido la pregunta sobre los efectos preventivos. O también puede deberse a que, tal y como se analizará en el tercer apartado, algunos de los efectos indeseados que puede producir la norma son señalados desde otras disciplinas distintas a la criminología, como es la psicología social. No es inusual que muchas preguntas de investigación que conciernen al ámbito de la criminología, la política criminal, o el Derecho penal, hayan sido contestadas, aunque sea parcialmente y con otro enfoque, por otro tipo de disciplinas como la psicología y, sin embargo, pasen inadvertidas entre los investigadores. Lo mismo cabría decir de la omisión de algunas ramas como la psicología o la economía con respecto a los hallazgos en criminología. Sea como fuere, lo cierto es que no es posible afirmar que la literatura sobre estos efectos sea abundante.

³⁸ Así, entre los positivos se encontrarían el efecto preventivo de la disuasión específica, de la disuasión general, de la incapacitación, de la rehabilitación y de la sensación de acabar con la impunidad. En este sentido, serían mecanismos positivos porque de una forma u otra afectarían a la reducción de la delincuencia si desplegasen su eficacia. En cuanto al fin de la impunidad, los autores subrayan el efecto positivo que tiene el castigo para el mantenimiento del valor de la legalidad (VAN ROOIJ/KUIPER/PIQUERO, en UC Irvine School of Law Research Paper Forthcoming, 2024, p. 16).

³⁹ Se refieren aquí a los efectos negativos que puede tener, por ejemplo, la prisión como lugar en el que los delincuentes socializan con otros y a través de dicha socialización pueden llegar a profundizar en el comportamiento delictivo (WALTERS, «Are the criminogenic effects of incarceration mediated by a change in criminal thinking or a change in perceived certainty?», *The Prison Journal*, 101(1), 2021).

⁴⁰ Aquí, en cambio, hablan del efecto negativo que puede tener el que los potenciales delincuentes observen que la norma social es el incumplimiento. Sería el supuesto en el que una norma social preexistente que informaba del comportamiento debido, el que era acorde con la norma, es desplazada por una norma legal (SCHULTZ/NOLAN/CIALDINI/GOLDSTEIN/GRISKEVICIUS, «The constructive, destructive, and reconstructive power of social norms», *Psychological science*, 18(5), 2007).

sociales negativas⁴¹; la afectación de la legitimidad⁴²; la obstrucción de las oportunidades socioeconómicas⁴³; el etiquetamiento estigmatizador⁴⁴; y la evasión y la dispersión⁴⁵. Sin embargo, posiblemente porque los autores, al igual que otros como BOTTOMS, adoptan un enfoque basado en la identificación de los mecanismos⁴⁶, o porque son autores cuya contribución pretende sistematizar los hallazgos de la interacción castigo-conducta delictiva desde la criminología, no atienden o diferencian en qué momentos de la pena o con respecto al tipo de destinatarios (individuo – generalidad) esos efectos indeseados pueden tener lugar; y, asimismo, ponen en el mismo plano efectos contraproducentes que puede tener la norma penal si la entendemos como un mensaje que además de una amenaza contiene una norma social, con efectos contraproducentes como la reincidencia estimulada por la escasez de oportunidades socio-económicas tras la pena de prisión. En la medida en que el propósito de este trabajo es señalar algunos efectos que puede producir la norma a partir de esos mismos mecanismos estudiados por la literatura sobre el cumplimiento, resulta necesario exponer primero y de forma breve los principales enfoques desde los cuales se ha estudiado la interacción “Derecho-conducta”, dado que muchos de los mecanismos que pueden provocar resultados opuestos a los deseados al comunicar o aplicar la norma son precisamente el reverso de los que favorecen la obediencia.

La literatura ha identificado tres grandes enfoques desde los que se ha estudiado la función preventiva de la sanción: la disuasión, la influencia social y la legitimidad de la norma y su aplicación⁴⁷. El enfoque disuasorio, basado en las ideas ilustradas de autores como BECCARIA, BENTHAM y FEUERBACH, concibe la norma penal como una amenaza destinada a inducir el

⁴¹ Se trataría de aquellas situaciones en la que, por ejemplo, una determinada comunidad socializa a sus miembros en normas que son contrarias a las normas legales (ANDERSON, *Code of the street: Decency, violence, and the moral life of the inner city*. WW Norton & Company, 2000).

⁴² Harían referencia aquí a los trabajos de TYLER que han mostrado que cuando el castigo opera de una forma que se puede considerar procedimentalmente injusta puede, en lugar de generar cumplimiento con las normas y respeto a las autoridades, incentivar todo lo contrario: puede minar la legitimidad y estimular el incumplimiento (TYLER, «Procedural justice and policing: A rush to judgment?», *Annual review of law and social science*, 13(1), 2017).

⁴³ Sería el efecto negativo que se produce en la etapa posterior al castigo. En ocasiones, el haber sido castigado tiene efectos colaterales como la disminución de las oportunidades socioeconómicas, conseguir un trabajo, educación o incluso el acceso a la vivienda. De esta forma, este tipo de factores o, más bien, la ausencia de ellos puede dar lugar a la reincidencia (KIRK/WAKEFIELD, «Collateral consequences of punishment: A critical review and path forward», *Annual Review of Criminology*, 1(1), 2018).

⁴⁴ El castigo también podría etiquetar a la persona como una persona desviada, con la estigmatización que ello conlleva y, aparejada también, la exclusión social (BERNBURG, *Labeling theory. Handbook on crime and deviance*, 2019, pp. 179-196).

⁴⁵ Se trataría de aquellos supuestos en los que el delincuente se adapta mejorando sus técnicas de evasión del castigo (KNOWLES/ROWAN/FRICK/STEINBERG/CAUFFMAN, «Evading detection during adolescence: the role of criminal capital and psychosocial factors», *Justice Quarterly*, 38(2), 2021) o cuando el arresto del delincuente significa la oportunidad delictiva de otro.

⁴⁶ Este concepto lo extrae BOTTOMS de la sociología analítica. El autor parte de la idea, formulada originalmente por Elster, de que no es posible construir una teoría general de la acción colectiva, debido a la enorme variabilidad y combinación de motivaciones que pueden concurrir en la conducta social. Sin embargo, ello no impide la explicación de los fenómenos sociales, que debe abordarse mediante el análisis de mecanismos sociales concretos y de alcance medio, entendidos como formas plausibles y recurrentes en las que se producen determinados resultados sociales. Sobre esta base, el autor aborda la cuestión del cumplimiento normativo mediante la construcción de una tipología de mecanismos de cumplimiento, analizando cómo estos operan en contextos sociales específicos y en interacción con las relaciones existentes entre los actores implicados (BOTTOMS, en KRAMBIA-KAPARDIS (Ed.), *Financial Compliance: Issues, Concerns and Future Directions*, 2019, pp. 2-5).

⁴⁷ GÓMEZ-BELLVÍS, Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos, (en prensa).

cumplimiento mediante castigos que deben ser severos, ciertos y pronto⁴⁸. Esta perspectiva ha sido ampliamente analizada por la criminología empírica⁴⁹, que ha señalado que dichas características solo influyen si son percibidas como tales por los potenciales infractores⁵⁰. Además, la certeza percibida del castigo tiene un mayor impacto disuasorio que la severidad⁵¹, y su efectividad puede verse modulada por factores personales (como la impulsividad o la orientación temporal)⁵² y sociales (como la pérdida de estatus derivada de sanciones formales)⁵³.

El segundo enfoque, centrado en la influencia social, tiene su origen en la psicología social y parte de la existencia de normas compartidas que guían y restringen el comportamiento grupal. Estas normas pueden ser descriptivas (indican lo que la mayoría hace) o prescriptivas (señalan lo que la mayoría aprueba o desaprueba), y su trasgresión suele conllevar sanciones informales⁵⁴. La prueba empírica ha mostrado que estas normas, aun sin estar codificadas, poseen un fuerte potencial para influir en la conducta⁵⁵. Precisamente y a partir de lo establecido en la literatura empírica sobre las normas sociales, algunos autores de la doctrina penal han sostenido que la norma penal no transmite solo un mensaje intimidatorio, sino también y principalmente un modelo de comportamiento socialmente aceptado⁵⁶.

Por último, el enfoque de la legitimidad, tanto sustantiva como procedimental, plantea que el cumplimiento se ve favorecido cuando las normas reflejan las intuiciones de justicia de la ciudadanía⁵⁷ y cuando las autoridades encargadas de aplicarlas son percibidas como justas⁵⁸. La legitimidad sustantiva implica que las personas tienden a cumplir con las normas cuyo contenido consideran moralmente correcto, mientras que la legitimidad procedimental se refiere a la percepción de equidad en la aplicación de las normas por parte de actores como la policía o los jueces. Empleando estos mecanismos de cumplimiento como referencia, a continuación, se esboza una cartografía de los potenciales efectos contraproducentes o indeseados que estos pueden activar.

3. Una cartografía de los efectos contraproducentes de la sanción penal

Uno de los principales escollos que afecta a la realización de una cartografía sobre este tema es la dispersión en la literatura en cuanto a los efectos contraproducentes de la sanción penal o castigo se refiere. Sin embargo, bajo mi punto de vista, cabría establecer dos niveles de diferenciación. El primero es aquel que distingue aquellos efectos negativos *concretos* que están

⁴⁸ GÓMEZ BELLVÍS, en Revista General de Derecho Penal, 2024.

⁴⁹ NAGIN, «Deterrence: A review of the evidence by a criminologist for economists», *Annu. Rev. Econ.*, 5(1), 2013.

⁵⁰ PATERNOSTER, «Perceptual deterrence theory», en NAGIN/CULLEN/JONSON (Eds.), *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23* (pp. 81-106). Routledge, 2018.

⁵¹ NAGIN, «Deterrent effects of the certainty and severity of punishment», en NAGIN/CULLEN/JONSON (Eds.), *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23* (pp. 81-106). Routledge, 2018.

⁵² PIQUERO/ PATERNOSTER/ POGARSKY/LOUGHRAN, «Elaborating the individual difference component in deterrence theory», *Annual Review of Law and Social Science*, 7(1), 2011.

⁵³ APEL/DEWITT, «Informal and formal sanctions». en NAGIN/CULLEN/JONSON (Eds.), *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23* (pp. 81-106). Routledge.

⁵⁴ DEUTSCH/GERARD, «A Study of Normative and Informational Social Influences upon individual Judgment», *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 51, 1995; CIALDINI/ KALLGREN/ RENO, en *Advances in Experimental Social Psychology*, 24, 1991.

⁵⁵ Véase NOLAN/WALLEN, «Social Norms and Persuasion», en VAN ROOIJ/SOKOL (Eds.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

⁵⁶ MIRÓ LLINARES, en Revista General de Derecho Penal, (27), 2017.

⁵⁷ ROBINSON, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, 2013.

⁵⁸ TYLER, «Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law», *Crime and justice*, 30, 2003.

relacionados con el incumplimiento directo de las normas y los efectos de carácter *general* y *latentes* que están relacionados con la antipatía por la norma o el propio sistema. El segundo nivel de diferenciación que cabría realizar es con respecto a los efectos concretos y el estadio o fase en los que éstos se pueden producir. Si bien esta distinción no se ha realizado de manera explícita en la escasa literatura que es posible encontrar, cabría distinguir entre a) los efectos concretos contraproducentes que produce la propia comunicación de la norma; y, b) los efectos concretos contraproducentes que produce la aplicación de esta por parte de las autoridades.

3.1. Efectos contraproducentes producidos por la comunicación de la norma

No son pocas las intervenciones penales relacionadas con la criminalización de nuevas conductas o con el endurecimiento de las penas de delitos ya existentes en el Derecho penal que se justifican sobre la base del efecto disuasorio que la mera comunicación del castigo puede tener en la motivación de la ciudadanía⁵⁹. Como se ha argumentado en otros lugares, sigue existiendo tanto a nivel político, legislativo, como incluso académico, la creencia de que la norma por sí misma y con su mera enunciación tiene la capacidad de producir ese efecto⁶⁰. Ello significa asumir dos presupuestos: que la norma penal y el castigo son comunicación y que la misma es recibida por una ciudadanía racional con capacidad de realizar cálculos de utilidad. Más allá de las matizaciones que a este último supuesto ha realizado la psicología⁶¹, es posible encontrar alguna literatura que advierte de posibles efectos contraproducentes del mensaje normativo basado en la disuasión y que derivan de su interacción con otros elementos procedentes del enfoque de la influencia social y la legitimidad. En otras palabras, estos efectos adversos se producirían porque la comunicación de la norma y el castigo esconde detrás otras normas, no explícitas jurídicamente, pero sí perceptibles por las personas, que contrarrestan el efecto que desearía el comunicador de la norma, en nuestro caso, el legislador penal. A continuación, se explican algunos de estos efectos, sin ánimo de exhaustividad puesto que, como se ha indicado antes, la dispersión de la investigación en diferentes disciplinas hace difícil afirmar que no puedan incluirse más mecanismos y efectos en esta categoría.

a. *Una multa es un precio*

Este concepto se acuña esencialmente a partir del experimento llevado a cabo en diferentes guarderías de Haifa (Israel) por GNEEZY y RUSTICHINI a finales de los 90⁶². Los autores, partiendo de la asunción básica de la disuasión, que un castigo (multa en este caso) tenderá a reducir el comportamiento no deseado, encuentran un efecto contrario: mayor incumplimiento. Para ello utilizan un conjunto de guarderías en las que en algunas de ellas exponen un anuncio cuyo contenido explicaba que aquellos padres que llegaran tarde a recoger a sus hijos (diez minutos o más) tendrían que pagar una multa.

Contrariamente a lo que cabría esperar, observaron un aumento de padres que llegaban tarde a recoger a sus hijos, teniendo que pagar la multa por ello, e incluso que cuando la norma fue retirada, esos incumplimientos se mantuvieron. Los autores no podían explicar a partir de sus propios datos los motivos, pero realizaron algunas interpretaciones sobre por qué ello podría

⁵⁹ GÓMEZ-BELLVÍS, Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos, (en prensa).

⁶⁰ GÓMEZ-BELLVÍS, Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos, (en prensa).

⁶¹ GÓMEZ-BELLVÍS, en Revista General de Derecho Penal, 2024.

⁶² GNEEZY/RUSTICHINI, «A fine is a Price», *The journal of legal studies*, 29(1), 2000.

haber sucedido: la primera es que si previamente a la imposición de la multa los padres no se atrevían a trasgredir esa norma porque la consideraban en cierta medida grave, con el establecimiento de la sanción se puede haber comunicado que las consecuencias no son lo suficientemente severas y, por tanto, la multa no constituiría una amenaza suficiente; la segunda explicación está relacionada con la comunicación de la norma social que se realiza a través de la norma formal. Esto es: la multa puede haber transformado la norma social entre los propios padres en la que se asumía que dicho comportamiento no se podía hacer en una conducta disponible, sustituyendo una norma social y moral previa (aunque no explícita) por la formalización de una “comodidad”, un servicio que se puede hacer y pagar (*a fine is a price*).

Las conclusiones son lo suficientemente llamativas como para suscitar un debate en la literatura, teórico y empírico, puesto que de poder asumirlas, las implicaciones que ello tendría para la elaboración de políticas públicas es más que evidente: cuidado con “desmoralizar” y “normalizar” un comportamiento trasgresor a través de asignarle un precio que permita asumir a los ciudadanos que si la conducta antisocial “está en el mercado”, la transgresión es asumible. En este sentido, la estrategia disuasoria se convertiría en todo lo contrario a lo pretendido, ya que no se estarían teniendo en cuenta factores sociales y psicológicos que pueden alterar la toma de decisión. Ahora bien, huelga decir que dicho estudio ha sido ampliamente criticado por autores como RUBENSTAIN que arrojan dudas siquiera de la fiabilidad de los datos de tal experimento⁶³. Otros estudios más recientes, como el de METCALF y colaboradores⁶⁴ han tratado de replicar el experimento, si bien en un contexto metodológico distinto, no encontrando ninguno de los efectos alegados por el estudio original. Sin embargo, estos autores no descartan que el citado efecto exista e hipotetizan que es posible que el contexto de su estudio (experimento de viñetas y no en un contexto real) haga que no se puedan replicar dichos resultados⁶⁵.

Así, otros experimentos naturales sí que encuentran ese efecto como es el caso del estudio de THOMAS *et al.* realizado en hospitales noruegos. En este estudio se observa que cuando se pone un precio (multa) para reducir la duración de la estancia en un hospital aumenta precisamente dicha duración⁶⁶. Asimismo, KORNHAUSER *et al.*, llevaron a cabo un experimento que les permitió concluir que el poner precio a una conducta sí que puede producir el efecto denominado

⁶³ Pueden encontrarse sus críticas en el siguiente enlace: <https://arielrubinstein.tau.ac.il/papers/behavioral-economics.pdf> [última visita: 01/06/2025].

⁶⁴ METCALF/SATTERTHWAITE/DILLBARY/ STODDARD, «Is a fine still a price? Replication as robustness in empirical legal studies», *International Review of Law and Economics*, 63, 105906, 2020.

⁶⁵ Ofrecen en ese sentido dos posibles explicaciones: “Una posibilidad es que el efecto identificado en G&R no sea tan universal como contemplaban en su artículo original. Puede que hubiera características particulares de ese entorno que produjeran los sorprendentes resultados de su estudio», y «otra posible explicación de la divergencia entre nuestro resultado y el original de Gneezy & Rustichini puede residir en la traslación de su experimento de campo a nuestro contexto. Nuestra encuesta es una proyección de un comportamiento anticipado, que probablemente difiere de una experiencia de elección dinámica en el mundo real. Los participantes en nuestra encuesta no hacen esperar a los profesores, no declaran sus ingresos ni se enfrentan a multas o consecuencias sociales por sus elecciones. La naturaleza no incentivada de nuestra viñeta de encuesta experimental puede limitar su validez externa como comprobación de los resultados de los ensayos de campo» (METCALF/SATTERTHWAITE/DILLBARY/ STODDARD, en *International Review of Law and Economics*, 2020, p. 24).

⁶⁶ HOLMÅS/KJERSTAD/LURÅS/ STRAUME, «Does monetary punishment crowd out pro-social motivation? A natural experiment on hospital length of stay», *Journal of Economic Behavior & Organization*, 75(2), 2010.

“*crowding out*” o desplazamiento de la motivación moral como motor de cumplimiento⁶⁷. Los autores concluyen que el precio ni siquiera necesita ser proporcional al valor del intercambio, sino que basta con una pequeña cuantía para que sea suficiente para producir tal efecto. E igualmente, su experimento y comparación entre grupos los lleva a determinar que este efecto se puede evitar en la medida en que la norma comunique claramente que la cuantía económica no es un precio, sino que debe ser entendida como un castigo. Estos autores dibujan así algunas conclusiones que pueden ser especialmente útiles en ámbitos como el civil, y dentro de éste, los contratos. Pero también dan algunas pistas sobre cómo se debe pensar la sanción penal desde su enunciación, y estos hallazgos refuerzan la necesidad de que a nivel comunicativo general la sanción deba ser configurada y comunicada de tal forma que no sea percibida como un precio a pagar, una comodidad, algo asumible, sino que esté envuelta de la suficiente expresividad como para ser percibida como lo que es: un castigo.

Estos hallazgos, aunque requieren de mucha más investigación en nuestro ámbito, contribuirían a pensar lo siguiente con respecto a la sanción penal desde una perspectiva *ex ante*: a) en primer lugar, el Derecho penal debe mantener su fuerza expresiva para mantener su fuerza simbólica, es decir, estos hallazgos supondrían un refuerzo al principio de intervención mínima, un principio que tiene sentido a nivel normativo en la teleología del Derecho penal garantista, pero que también tiene una utilidad práctica. Esta utilidad deriva del hecho de que el respeto a esta rama del ordenamiento jurídico puede derivar precisamente de su excepcionalidad y mantenerla implica que solo las conductas consideradas socialmente más graves deben ser incluidas en el catálogo penal, so pena de que se normalice en la ciudadanía el uso de esta rama del ordenamiento jurídico; b) en segundo lugar, y en línea con lo anterior, se debe remarcar la expresión de condena que lleva aparejada la realización de la conducta por medio del castigo. Especialmente, cuando nos movemos en el ámbito de los *mala quia prohibita*, si la norma y el castigo señalan una baja condena por parte de la comunidad representada en dicha norma y la severidad es lo suficientemente baja como para que se convierta en una mercancía a pagar, se corre el riesgo de minar el valor simbólico que tiene el castigo, valor que resulta esencial para teorías como la disuasión general⁶⁸.

b. Activación de normas sociales negativas

Otro efecto contraproducente que algunos autores han señalado que puede producir la comunicación de la norma y el castigo basada en la disuasión es el incumplimiento derivado de

⁶⁷ KORNHAUSER/TONTRUP, «Testing a fine is a price in the lab», *International Review of Law and Economics*, 63, 2020.

⁶⁸ Si bien hay autores que se han mostrado contra esta forma de proceder, su disconformidad. Así, SILVA SÁNCHEZ: “Cuando el poder legislativo del Estado recurre al refuerzo de una regulación mediante la imposición de penas busca precisamente dos cosas. Por un lado, en el caso de imponer penas privativas de libertad, se pretende intimidar a los destinatarios tanto con la trascendencia fáctica de estas como con su intensa capacidad de expresión de reproche. Por otro lado, en el caso de que se recurra a una de las demás penas, cuyo contenido fáctico es idéntico al de las sanciones administrativas, se busca intimidar precisamente con el peculiar efecto de comunicar reproche que deriva de su denominación de “penas”. Como es evidente, aquí no se trata de un mero nombre, sino de la estigmatización inherente a asignar a la jurisdicción penal la competencia sobre un hecho. Expresado con claridad: del estigma consistente, de entrada, en hacer que quien comete un *malum quia prohibitum* entre por la misma puerta y se siente en el mismo banquillo que quien ha asesinado a otro”. (SILVA SÁNCHEZ, en *Revista Criminalia Nueva Época*, 2024, p. 228).

las normas sociales ocultas detrás del propio mensaje disuasorio⁶⁹. Para teorizar este efecto contraproducente es necesario partir de dos conceptos explicados de forma breve en el segundo apartado de este trabajo: uno propio del ámbito penal y criminológico, otro propio del ámbito de la psicología social.

El primero se refiere al de la disuasión general. Como se ha explicado anteriormente, la disuasión se concibe como un acto comunicativo cuyo contenido lo colma una amenaza. Esta amenaza debe ser suficiente para ser considerada por parte del individuo que se plantea la infracción, con el objetivo de motivarlo así a no hacer aquello que se le pide no hacer. La literatura criminológica, gracias a décadas de investigación, ha establecido algunas cuestiones importantes al respecto: a) la primera es que, efectivamente, la amenaza debe ser comunicada de manera efectiva de tal forma que pueda llegar a la ciudadanía en general y, en particular, al ciudadano concreto que tiene que tomar la decisión en un momento determinado. Esta comunicación tiene distintas fases: la primera sería la enunciación, la segunda sería la efectiva comunicación a través de, por ejemplo, los medios de comunicación, y una tercera que consiste en la efectiva recepción de los riesgos asociados a la conducta⁷⁰; b) la segunda es que es la certeza percibida de la sanción la que realmente tiene la capacidad para incidir en la toma de decisión del sujeto⁷¹.

El segundo concepto se refiere a las normas sociales, es decir, estándares sociales conductuales que informan al sujeto decisor, por un lado, cuál es el comportamiento típico (norma social descriptiva) y, por otro, la desaprobación social por la realización de tales conductas (norma social prescriptiva). Estas normas sociales sientan unas expectativas de comportamiento. Como explica BOTTOMS, “si estamos familiarizados con las normas de un determinado grupo o contexto, esto nos permite navegar en la vida diaria más fácilmente en consonancia con las costumbres locales y expectativas: así, las normas pueden suavizar, activar y fomentar la acción social. (Contrariamente, claro, desconocer las normas de una cultura diferente puede crear problemas, como por ejemplo descubren rápidamente los visitantes primerizos de Japón). Además, en la medida en que las normas regulan la conducta y el juicio, actúan como restricción, empujando a la gente hacia el comportamiento que la norma espera”⁷². De esta forma, la literatura tanto criminológica como de la psicología social han mostrado que las normas sociales pueden tener un impacto significativo en el comportamiento cumplidor. Por ejemplo, las normas descriptivas, que se basan en lo que las personas perciben que otros hacen, pueden influir poderosamente en las decisiones de cumplimiento⁷³, incluso más que las sanciones formales⁷⁴. El escenario ideal es aquel en el que la norma legal y la norma social coinciden y, además, dichas normas sociales y legales se apoyan en los valores morales de los propios individuos. El escenario menos ideal, en cambio, es aquel en el que se da una contradicción fuerte entre la norma social y la norma legal.

⁶⁹ VAN ROOIJ/KUIPER/PIQUERO, en UC Irvine School of Law Research Paper Forthcoming, 2024.

⁷⁰ APEL, «Sanctions, perceptions, and crime: Implications for criminal deterrence», *Journal of quantitative criminology*, 29, 2013.

⁷¹ NAGIN, en NAGIN/CULLEN/JONSON (Eds.), *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23* (pp. 81-106). Routledge, 2018.

⁷² BOTTOMS, en KRAMBIA-KAPARDIS (Ed.), *Financial Compliance: Issues, Concerns and Future Directions*, 2019, p. 14.

⁷³ BERGQUIST/NILSSON, «The DOs and DON'Ts in social norms: A descriptive don't-norm increases conformity», *Journal of Theoretical Social Psychology*, 3(3), 2019.

⁷⁴ CIALDINI, «Descriptive Social Norms as Underappreciated Sources of Social Control» *Psychometrika*, 72, 2007; BOBEK/HAGEMAN/KELLIHER, «Analyzing the Role of Social Norms in Tax Compliance Behavior», *Journal of Business Ethics*, 115, 2013.

Cuando las normas sociales y formales están en conflicto, puede surgir un dilema de cumplimiento.

Puede suceder que en la comunicación de un mensaje disuasorio basado, por ejemplo, en la certeza de la sanción (atendiendo a que esta es la variable más relevante en términos preventivos), que tiene el propósito de evitar que sucedan determinados comportamientos, comunique a su vez una norma social negativa que pueda ser inferida por parte de los receptores. Como exponen VAN ROOIJ *et al* (2025) “los psicólogos sociales han demostrado que el castigo puede tener la consecuencia no deseada de llamar la atención sobre normas y valores sociales opuestos a los de la ley. Un mensaje disuasorio que señale cuántas personas son detenidas y castigadas puede, por tanto, señalar también que muchas personas infringen la ley y que ese comportamiento infractor es normal y, como tal, también estimular más infracciones de la ley”⁷⁵. De ahí también la relevancia, en términos de efectividad de la comunicación de la norma y de la sanción, de tener en cuenta no solo la norma descriptiva, sino también la norma prescriptiva, es decir, la comunicación de la reprobación social asociada a la conducta. Así, por ejemplo, BERGQUIST y NILSSON⁷⁶ mostraron que la forma en la que se formula y se encuadra la comunicación de la norma afecta a su efectividad. Concretamente, las normas formuladas en negativo (e.g., la gente evita hacer X), son más efectivas que las normas formuladas en positivo (e.g., la gente hace X) para evitar comportamientos, debido a que tendemos a prestar atención precisamente a aquello que nos señala la norma prescriptiva o lo que socialmente se considera reproable.

En este mismo orden de cosas y en lo que al ámbito de la prevención de conductas consideradas nocivas se refiere, POGARSKY y HERMAN señalan algunos estudios que con esta misma filosofía consiguen reducir la conducta evaluada. Como señalan estos autores “los individuos aprenden e interiorizan normas, valores y motivos a través de la socialización con los amigos, la familia y estos cambios en las definiciones hacia la delincuencia moldean el comportamiento a lo largo del tiempo. Además, la presencia de iguales puede hacer que los comportamientos inmediatos parezcan más fáciles, menos arriesgados y más gratificantes. [...] Es esta predisposición aparente a pertenecer a un grupo, así como a evitar la desaprobación social, lo que plantea la posibilidad de que los estímulos de comparación social sirvan para controlar la delincuencia”⁷⁷. Como ejemplo del uso de las normas sociales en este sentido para evitar determinadas conductas, los autores hacen referencia a las señales en diferentes campus en Albany (EEUU) con contenidos señalando mensajes como “el 94% de los estudiantes eligen no consumir drogas ilegales” o “el 85% de los estudiantes eligen no consumir medicación prescrita para otros”. La comunicación de este mensaje atendería precisamente a lo anterior, puesto que el porcentaje señalado estaría transmitiendo la norma descriptiva (la mayoría de las personas no lo hacen), mientras que la formulación negativa señala la norma prescriptiva (se asume que socialmente hacerlo está desvalorado).

De acuerdo con lo anterior, pensar en la sanción penal desde la perspectiva *ex ante*, especialmente con respecto a lo que la comunicación se refiere implica, necesariamente plantearse que el mensaje disuasorio pueda aumentar la percepción de que romper las reglas es normal si comunica, directa o indirectamente, que el incumplimiento es frecuente. Para evitar

⁷⁵ VAN ROOIJ/KUIPER/PIQUERO, en UC Irvine School of Law Research Paper Forthcoming, 2024.

⁷⁶ BERGQUIST/NILSSON, en Journal of Theoretical Social Psychology, 2019.

⁷⁷ POGARSKY/HERMAN, «Nudging and the choice architecture of offending decisions», *Criminology & Public Policy*, 18(4), 2019, p. 826.

este posible efecto, es necesario que los mensajes refuercen la idea de que la mayoría cumple las reglas y que las sanciones son efectivas y visibles. Como resumen POGARSKY y HERMAN, “los legisladores pueden limitar potencialmente los comportamientos delictivos aprovechando el deseo innato de la gente de cooperar y pertenecer a un grupo y reconociendo, al mismo tiempo, que el autointerés importa”⁷⁸.

c. Oposición moral a la norma

La enunciación de una norma también tiene posibilidades de violar las intuiciones de justicia de los receptores de esta, especialmente cuando afecta a determinados imperativos o prohibiciones morales⁷⁹, perdiendo así su legitimidad percibida. Uno de los autores que más se ha ocupado de este aspecto sustantivo de la legitimidad percibida es Paul H. ROBINSON. El autor ha dedicado gran parte de su obra a mostrar que, en primer lugar, la ciudadanía mantiene una serie de intuiciones de justicia con respecto a lo que merece ser castigado e, incluso, cuánto⁸⁰. Es posible que no haya acuerdo, especialmente entre culturas, con respecto a la cantidad exacta de castigo que merece una conducta, podríamos decir, en términos universales. Pero sí hay una gradación común sobre algunos aspectos clave. Por ejemplo, se tiende a creer que un autor merece más castigo que un cómplice, que un homicidio consumado merece más castigo que una tentativa, entre otras cuestiones⁸¹. Igualmente, también ha mostrado la necesidad de que las normas penales acojan tales intuiciones, porque no hacerlo implica generar en los destinatarios desconfianza hacia el contenido de la norma, su confianza en el sistema de justicia, y la deferencia hacia las normas⁸².

En la literatura criminológica, algunos estudios han encontrado resultados contradictorios con las hipótesis de la disuasión y la elección racional cuyos autores explican a partir de la posibilidad de que la norma genere una oposición moral. Por ejemplo, DEPOORTER *et al.*, en un estudio en el que analizan el efecto disuasorio de las intervenciones de la industria contra la piratería digital y la constatación de la perseverancia de los niveles de infracción, muestran el efecto contraproducente de una estrategia disuasoria porque la misma refuerza la oposición a la lógica normativa. Los autores lo califican como “*backlash effect*”. Así, explican que “las sanciones pueden ser contraproducentes y aumentar los sentimientos contrarios a los derechos de autor entre quienes comparten archivos. Esto plantea dificultades particulares para la aplicación de los derechos de autor, ya que los efectos negativos de las normas pueden impedir que las sanciones se fijen en niveles que logren la disuasión”⁸³, y continúan “los resultados muestran un efecto contraproducente para todos los usuarios, pero los usuarios frecuentes descargarán más si se enfrentan previamente a medidas punitivas. El efecto de reacción observado entre los usuarios

⁷⁸ POGARSKY/HERMAN, en », *Criminology & Public Policy*, 2019, p. 827.

⁷⁹ BARTELS/BAUMAN/CUSHMAN/PIZARRO/MCGRAU, «Moral Judgment and Decision-Making», en KEREN/WU (Eds), *The Wiley Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Wiley, Chichester, 2015.; MALLE, «Moral Judgments», *Annual Review of Psychology*, 72, 2021; SCHOPFER/PIQUERO, «Self-Control, Moral Beliefs, and Criminal Activity», en *Deviant Behavior*, vol. 27, 2006.

⁸⁰ ROBINSON/DARLEY, *Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law*, Routledge, 1995; ROBINSON/DARLEY, «The utility of desert», en *Criminal Law* (pp. 381-428). Routledge, 2019; ROBINSON/DARLEY, «Intuitions of justice: Implications for criminal law and justice policy», *S. Cal. L. Rev.*, 81, 2007; ROBINSON, «Testing lay intuitions of justice: How and why», *Hofstra L. Rev.*, 28, 1999.

⁸¹ ROBINSON/KURZBAN, «Concordance and conflict in intuitions of justice», *Minn. L. Rev.*, 91, 2006.

⁸² ROBINSON/HOLCOMB, «The Criminogenic Effects of Damaging Criminal Law's Moral Credibility», *S. Cal. Interdisc. LJ*, 31, 2021.

⁸³ DEPOORTER/VAN HIEL/VANNESTE, «Copyright backlash», *S. Cal. L. Rev.*, 84, 2010, p. 1289.

frecuentes pone en duda las tácticas de la aplicación de la ley”⁸⁴. Por su parte, MIRÓ LLINARES y BAUTISTA ORTUÑO en un estudio sobre el cumplimiento de diferentes normas de seguridad vial, encontraron también efectos contradictorios con lo que se espera obtener desde el enfoque de la disuasión y en la medida en que también midieron variables de otros enfoques como el de la influencia social y la legitimidad, hipotetizaron la posibilidad de que tales hallazgos tuvieran que ver con la legitimidad percibida de la sanción. Concretamente los autores explicaban que “la interpretación más razonable que se puede hacer de estos resultados es que, a pesar de que se intentó personalizar la evaluación de la severidad para cada norma a partir del conocimiento percibido, que es, en definitiva, el que mayor apoyo empírico ha recibido desde el enfoque de la disuasión, los datos observados pueden ser más indicativos de un juicio de valor acerca de lo apropiadas o justas que les parecen las sanciones, en uno y otro caso. Esto podría suponer que lo que incide realmente en el cumplimiento, cuanto menos de forma claramente superior a como lo hace la severidad efectiva de las sanciones, es la legitimidad que en sentido moral se atribuye al hecho de sancionar o no esas conductas. Cuanto más ilegítimo le parezca al sujeto la sanción asociada a una conducta, más probable será su incumplimiento”⁸⁵.

Del mismo modo, algunas teorías criminológicas dan cuenta precisamente de la importancia de las valoraciones morales y de justicia que los potenciales infractores pueden realizar y que motivarían o fomentarían el incumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en la teoría de las técnicas de neutralización de SYKES y MATZA⁸⁶. Estas técnicas son estrategias cognitivas que los infractores pueden utilizar para racionalizar o justificar la conducta y que les permite aliviar el posible sentimiento de culpa y mantener un autoconcepto positivo. Esta teoría sugiere que los delincuentes neutralizan temporalmente las limitaciones morales de su conducta mediante justificaciones y excusas específicas que hacen que la desviación sea permisible. Los autores y la literatura criminológica establecen distintas técnicas de neutralización como la negación de la responsabilidad, la negación del daño, la negación de la víctima o la apelación a determinadas lealtades. Pero hay una que específicamente está relacionada con lo que se está tratando en el presente apartado y es la condena de los condenadores, es decir, cuando los potenciales delincuentes justifican o excusan su conducta sobre la base de racionalizar que las autoridades, el sistema o aquellos que los acusan son hipócritas o corruptos⁸⁷.

En este sentido, y al igual que en los supuestos anteriores, la alineación entre el contenido de la norma y el sistema de valores de la ciudadanía es un elemento esencial y a tener en cuenta en la configuración *ex ante* de la norma, puesto que tal ausencia, especialmente cuando no está justificada, puede generar un efecto contrario al esperado.

3.2. Efectos contraproducentes producidos por la aplicación de la norma

Toda vez que la pena en su fase de enunciación no ha tenido efectos preventivos por vía de los diferentes mecanismos que puede desplegar en ese estadio, corresponde la aplicación de esta. A continuación, se hace referencia a una serie de efectos que tendrían lugar cuando la conducta antisocial ya ha sucedido y hay una intervención por parte de los operadores de justicia (policía

⁸⁴ DEPOORTER/VAN HIEL/VANNESTE, en *S. Cal. L. Rev.*, 84, 2010, p. 1289.

⁸⁵ MIRÓ LLINARES/BAUTISTA ORTUÑO, en *Indret*, (4), 2013, p. 44.

⁸⁶ MATZA/SYKES, «Techniques of neutralization: A theory of delinquency», *American sociological review*, 22(6), 1957.

⁸⁷ KAPTEIN/ VAN HELVOORT, «A model of neutralization techniques», *Deviant behavior*, 40(10), 2019.

o jueces). No se trata de efectos que se corresponden estrictamente con los efectos que produce, por ejemplo, la imposición y ejecución efectiva de una pena concreta como es la de prisión (e.g., etiquetamiento, pérdida de oportunidades socio-económicas, etc.), sino que solo se hace referencia a explicaciones teórico-empíricas que tratarían de explicar una actitud negativa hacia la norma y/o las autoridades como consecuencia de la interacción del sujeto infractor con el sistema u operadores.

a. Efecto desafío

La teoría del desafío fue planteada por SHERMAN a principios de los 90⁸⁸ y se ha incorporado dentro del catálogo de las teorías criminológicas integradoras. Concretamente, trata de explicar la posibilidad de que la imposición de un castigo, lejos de disuadir al sancionado de posteriores conductas delictivas, genere un efecto contrario, de revelación contra la propia norma y las autoridades que la aplican. Partiendo de la teoría del avergonzamiento reintegrador de John BRAITHWAITE⁸⁹, la teoría de la justicia procedimental de TYLER⁹⁰, y la teoría de las emociones y su relación con los vínculos sociales de SCHEFF y RETZINGER⁹¹, propone que dependiendo de cómo se impongan las sanciones penales, de la percepción de legitimidad sustantiva y procedimental del sujeto en relación con la norma infringida y su aplicación sobre él, y de cómo de robusto sea el vínculo del sujeto con la comunidad normativa en nombre de quien se impone la sanción, la sanción penal puede no producir efectos preventivos sino de desafío, es decir, de generar una actitud de resistencia hacia la misma fomentando la reincidencia. Esa actitud se generaría en el sujeto que percibe la sanción penal como injusta; entiende que el agente sancionador (e.g., policía o juez) está revestido de cierta ilegitimidad; y además siente orgullo por haber infringido la misma. Si bien es cierto que esta teoría no ha recibido tanta atención como la de la disuasión general y específica en la investigación criminológica, algunos estudios realizados apuntan a que las sanciones percibidas como injustas o excesivas aumentan la probabilidad de respuestas desafiantes, especialmente en interacciones con la policía⁹²; así como que minorías étnicas y grupos marginados tienden a mostrar más desobediencia cuando experimentan injusticia procedimental, lo que puede estar relacionado con amenazas a la identidad y experiencias

⁸⁸ SHERMAN, en *Journal of research in Crime and Delinquency*, 30 (4), 1993. Posteriormente, el autor reconceptualizó su teoría para convertirla en una teoría criminológica generalista sobre la delincuencia, la creación del derecho y la infracción del mismo (SHERMAN, «Defiance, compliance and consilience: A General Theory of Criminology», en McLAUGHLIN/NEWBURN (Eds), *The Sage Handbook of Criminological Theory*, Sage, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, 2010).

⁸⁹ De acuerdo con BRAITHWAITE las sanciones penales se pueden imponer o de forma “reintegradora” o de “estigmatizadora”. Imponer sanciones de forma reintegradora puede ayudar a evitar la delincuencia, mientras que imponer las sanciones de forma estigmatizadora puede incrementarla (BRAITHWAITE, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989).

⁹⁰ La teoría de la justicia procedimental, como se ha mencionado anteriormente, parte de la idea de que cuando las sanciones son aplicadas de forma injusta y no equitativa por parte de las autoridades, o al menos así es percibido por el sujeto infractor, pueden dar lugar a incumplimiento (TYLER, *Why people obey the law*, Princeton University Press, 2006).

⁹¹ SCHEFF y RETZINGER entienden que la imposición de sanciones puede evocar diferentes sentimientos dependiendo de los individuos. Pueden dar lugar a una emoción de vergüenza o de orgullo, todo ello dependiendo de la calidad del vínculo del sujeto infractor con la sociedad (SCHEFF/RETZINGER, *Emotion and Violence: Shame and Rage in Destructive Conflicts*, Lexington, Lexington Books, 1991).

⁹² BOUFFARD/PIQUERO, «Defiance theory and life course explanations of persistent offending», *Crime & delinquency*, 56(2), 2010; PIQUERO/BOUFFARD, «A preliminary and partial test of specific defiance», *Journal of Crime and Justice*, 26(1), 2003; SARGEANT/MURPHY, K/BRADFORD, «The foundations of defiance: examining the psychological underpinnings of ethnic minority defiance toward police» *Policing and society*, 33(7), 2023.

previas de discriminación⁹³. GÓMEZ BELLVÍS y CASTRO TOLEDO abordaron la posibilidad de un efecto desafío en el ámbito de los denominados delitos de expresión, un ámbito penal que ha generado en la doctrina penal⁹⁴ y también a nivel social gran controversia, especialmente a partir de los numerosos enjuiciamientos y condenas de usuarios de redes sociales por delitos de enaltecimiento del terrorismo, delitos de odio, injurias y calumnias a instituciones, etc⁹⁵. Los autores mostraron que la criminalización de estas conductas, por sus características intrínsecas, podían generar, si no un desafío directo hacia la norma, sí un apoyo a manifestaciones en contra de estas criminalizaciones⁹⁶.

b. Efecto reactancia

Un efecto parecido al anterior, pero enfocado desde la perspectiva de la psicología social, es el de la reactancia. De acuerdo con la teoría de la reactancia psicológica de BREHM formulada en 1966⁹⁷, ésta trata de explicar cómo las personas responden cuando sienten que su libertad de elección está en riesgo o ha sido coartada. Cuando se percibe una amenaza o eliminación de una libertad considerada importante por el sujeto, surge una motivación interna para restaurarla, lo que puede conducir a rechazar o resistir la influencia externa, en este caso de una determinada norma. En este sentido, esta teoría parte de dos asunciones: la primera es que hay un conjunto de comportamientos libres que la gente piensa que puede realizar; y la segunda es que cuando tales comportamientos son amenazados o eliminados, surge una motivación de restaurar dichas libertades. La restauración de las libertades puede venir manifestada mediante la realización de la conducta prohibida o sujeta a restricción⁹⁸. Es lo que BREHM denominó el efecto bumerán⁹⁹. Asimismo, como explican ROSENBERG y SIEGEL, además de este tipo de comportamientos se pueden dar una serie de efectos subjetivos como es el aumento del atractivo de realizar tales conductas, así como mostrar hostilidad hacia la fuente de amenaza¹⁰⁰. Pese a la robustez de la teoría y su evolución en el ámbito de la psicología, lo cierto es que ha pasado totalmente inadvertida en la investigación sobre el cumplimiento normativo. Sin embargo, puede resultar un buen punto de partida para comprender el efecto de determinadas intervenciones públicas y la actitud de resistencia o descontento generada por tal intervención. Piénsese, por ejemplo, en las medidas de confinamiento o de distanciamiento social durante la pandemia de la Covid-19. Los estudios que han aplicado esta teoría para comprender cómo se relaciona esa amenaza percibida de restricción de libertades con el cumplimiento de las normas, muestran que la reactancia se asocia precisamente con un menor cumplimiento de las medidas preventivas, especialmente en comportamientos sociales como el distanciamiento, más que en medidas de

⁹³ SARGEANT/DAVOREN/ MURPHY, «The defiant and the compliant: how does procedural justice theory explain ethnic minority group postures toward police?», *Policing and society*, 31(3), 2021; SARGEANT/MURPHY, K/BRADFORD, en *Policing and society*, 33(7), 2023.

⁹⁴ MIRÓ LLINARES (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres: el Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017.

⁹⁵ MIRÓ LLINARES/GÓMEZ BELLVÍS, en *Spanish Journal of Legislative Studies*, 2020.

⁹⁶ GÓMEZ-BELLVÍS/CASTRO TOLEDO, «Los delitos de expresión en redes sociales desde los efectos de la sanción penal: ¿Efecto disuasorio o efecto desafío?», *Revista chilena de derecho y tecnología*, 11(1), 2022.

⁹⁷ BREHM, *A theory of psychological reactance*. Oxford, England, Academic Press, 1966.

⁹⁸ ROSENBERG/SIEGEL, «A 50-year review of psychological reactance theory: Do not read this article», *Motivation Science*, 4(4), 281, 2018.

⁹⁹ BREHM, *A theory of psychological reactance*, 1966.

¹⁰⁰ ROSENBERG/SIEGEL, en *Motivation Science*, 2018.

higiene¹⁰¹; o que los mandatos de vacunación generan más reactancia en personas con baja intención de vacunarse. Otro ámbito estudiado que puede generar reactancia es el de los impuestos. En este caso, los impuestos serían vistos como una limitación a la autonomía financiera, lo que podría generar una motivación para restaurar la libertad percibida que se habría perdido o visto mermada. Así, algunos estudios han mostrado que la reactancia se asocia con actitudes más favorables hacia la evasión fiscal, menor moral tributaria (*tax morale*) y una mayor tendencia a evitar o reducir el pago de impuestos¹⁰². Otro ámbito al que podría aplicarse esta teoría sería el anteriormente mencionado de los delitos de expresión, puesto que los mismos pueden ser percibidos como una pérdida de libertades que generan en los receptores una reactancia y necesidad de restauración de lo que se considera algo a lo que se tiene derecho, en este caso, la libre expresión o crítica política aun cuando la misma resulta desagradable u ofensiva. Sin embargo, como se indicaba, esta teoría apenas ha recibido atención por parte de la criminología y el Derecho penal.

3.3. Efectos de carácter general y latentes

A continuación, se detallan algunos efectos contraproducentes generales que pueden producir las normas percibidas como injustas por no estar revestidas de legitimidad y que van más allá del incumplimiento individual (efectos concretos), provocando una erosión en la relación de la comunidad y el sistema de justicia penal (efectos generales).

a. Incredulidad moral

Paul H. ROBINSON sostiene que la mejor forma de ganar deferencia hacia el sistema de justicia penal es generando la expectativa en la ciudadanía de ser una fuente moral fiable que hace justicia. Si la ciudadanía en general confía en que su sistema penal, su código penal, los operadores y todo lo que implique el sistema de responsabilidad penal tiene en su haber unidades (*coins*) de credibilidad moral, ello genera respeto por parte de la ciudadanía y que ésta acepte su legitimidad para generar nuevas conductas y penas, para interiorizar las normas sociales que se positivizan a través de dicho código y, en consecuencia, para cumplir más¹⁰³. Es posible que la ciudadanía no entienda aspectos técnicos y concretos de las normas, pero si perciben el sistema como moralmente creíble pueden establecer heurísticos y asociaciones. Por ejemplo, la ciudadanía puede no entender a nivel técnico la tipicidad de algunas conductas, pero sí puede

¹⁰¹ BALL/WOZNIAK, «Why do some Americans resist COVID-19 prevention behavior? An analysis of issue importance, message fatigue, and reactance regarding COVID-19 messaging», *Health Communication*, 37(14), 1812-1819, 2022; DÍAZ/ COVA, «Reactance, morality, and disgust: the relationship between affective dispositions and compliance with official health recommendations during the COVID-19 pandemic», *Cognition and emotion*, 36(1), 120-136, 2022; SPRENGHOLZ/BETSCH/BÖHM, «Reactance revisited: Consequences of mandatory and scarce vaccination in the case of COVID-19», *Applied Psychology: Health and Well-Being*, 13(4), 986-995, 2021; MCGUIRE/BALL, «Extending psychological reactance theory to include denial of threat and media sharing intentions as freedom restoration behavior», *Communication research reports*, 39(3), 136-146, 2022; KRISS/QUICK/RAINS/BARBATI, «Psychological reactance theory and COVID-19 vaccine mandates: the roles of threat magnitude and direction of threat», *Journal of Health Communication*, 27(9), 654-663, 2022.

¹⁰² KIRCHLER, «Reactance to taxation: Employers' attitudes towards taxes», *The Journal of Socio-Economics*, 28(2), 131-138, 1999.

¹⁰³ ROBINSON, «¿ Una tregua en la guerra de los principios distributivos?: Merecimiento empírico, credibilidad moral y la interiorización de las normas sociales», en MIRÓ LLINARES (Dir.), *El Derecho penal ante lo «empírico»: Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica* (pp. 23-42). Madrid, Marcial Pons, 2021.

establecer la asociación de que si la pena es alta es porque la conducta se entiende como socialmente muy grave. Del mismo modo, si el sistema tiene la citada credibilidad moral, la introducción de nuevas conductas pueden estar transmitiendo un modelo de conducta social que sea aceptado, no generando disonancias como podría serlo el efecto de la norma perversa¹⁰⁴.

En cambio, un sistema que no goza de esa credibilidad moral puede tener efectos criminógenos. Por ejemplo, ROBINSON hace referencia a reacciones a determinadas prohibiciones o normas históricas que generaron en su momento dicha incredulidad que conducía a un incumplimiento e ignorancia deliberada y sistemática de las leyes¹⁰⁵. También, la falta de credibilidad moral del sistema puede conducir, según el autor, a un vigilantismo incluso violento. Muestra de ello sería la percepción de ilegitimidad de la policía norteamericana tras casos graves de abuso policial contra personas negras (e.g., el caso de George Floyd)¹⁰⁶. Más allá de la observación de determinados casos de la realidad, el autor también hace referencia a una serie de estudios en el ámbito de la psicología social, en los que se expone a los sujetos a casos en los que el sistema ha fallado al hacer justicia y a determinadas percepciones de injusticia. Los resultados muestran que tras ser expuestos a tal material, decrecen las puntuaciones en medidas sobre deferencia, cumplimiento e interiorización de normas. Estas medidas hacían referencia a supuestos de ayudar a la policía denunciando un delito, ayudar en la investigación de un delito, o entender la responsabilidad y el castigo como un signo de que el acusado ha hecho algo reprochable, grave y de manera culpable¹⁰⁷.

b. Desafío general

Anteriormente, sobre los efectos concretos que puede generar la imposición de una sanción penal, se trataba la cuestión del desafío desde una perspectiva individual. SHERMAN lo definía

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ DOLS acuña este concepto para referirse a un tipo de norma que es explícita pero que no se cumple, asumiendo tal situación un grupo por propia iniciativa o por iniciativa de otro. Concretamente, entiende el requisito de “incumplible” de la siguiente forma: “sigue siendo una norma en tanto en cuanto parece definir los objetivos del establecimiento conductual analizado y puede suponer la administración de sanciones, pero de hecho no se cumple. Un ejemplo especialmente ilustrativo de la posibilidad de que una norma defina formalmente ciertas conductas y suponga la administración de sanciones, aunque de hecho apenas se cumpla, es la regulación del límite de velocidad en las carreteras españolas. Nuestro equipo ha obtenido datos empíricos que muestran cómo prácticamente el 100 por ciento de los conductores no respetan los límites establecidos por el código de circulación, lo que acarrea interesantes consecuencias en la percepción de tales normas por parte de conductores y no conductores” (FERNÁNDEZ DOLS, «Procesos escabrosos en Psicología Social: el concepto de norma perversa», *Revista de Psicología Social*, 7(2), 1992, pp. 252-253). En otras palabras, se trata de la situación en la que se da una disyuntiva, un dilema, entre la norma legal y la práctica social. Como explican BERAMENDI y ZUBIETA “la norma perversa no implica el propósito de crear normas imposibles de cumplir sino que se observa una incompetencia práctica de quien las promulga y desmoraliza por igual al grupo con autoridad como a los subordinados, disminuye los mecanismos de control social con respecto a otras normas cumplibles y promueve la aparición de una crítica más intensa hacia el que trata de imponer la norma genéricamente que al que la trasgrede. Por lo cual, las sanciones negativas o positivas que se deriven de una norma perversa son percibidas como un agravio y el hecho de que una persona logre sortear el cumplimiento de ella, es visualizado como una hazaña» (BERAMENDI/ZUBIETA, «Norma perversa y cultura de la transgresión», *I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR*. Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, 2009, p. 37).

¹⁰⁵ ROBINSON/HOLCOMB, en *S. Cal. Interdisc. LJ*, 31, 2021.

¹⁰⁶ ROBINSON/HOLCOMB, en *S. Cal. Interdisc. LJ*, 31, 2021.

¹⁰⁷ ROBINSON/HOLCOMB, en *S. Cal. Interdisc. LJ*, 31, 2021.

como una resistencia u oposición moral hacia la norma¹⁰⁸ cuando es considerada por el sujeto como injusta o desproporcionada, cuando se ha aplicado de una forma que se considera procedimentalmente injusta, y cuando la sanción en lugar de generar un sentimiento de vergüenza o reconocimiento genera cierto orgullo por los vínculos pobres del sujeto con la comunidad normativa que se la ha impuesto. Sin embargo, este efecto no solo puede ocurrir a nivel individual sino que también puede ocasionar un efecto general. Es decir, observar esas mismas cualidades de la sanción enunciadas o aplicadas puede conducir a un efecto desafiante o de resistencia, o, en otras palabras, malestar, con efectos generales. SHERMAN define el desafío general como las reacciones colectivas a la imposición de sanciones de esta manera, es decir, acciones colectivas de retaliación ante supuestos injustos muy visibles¹⁰⁹. Más tarde, SHERMAN matiza el concepto y lo define como “un acto activo de resistencia de compensación a una fuerza”¹¹⁰. De acuerdo con el autor, “un efecto desafío no solo debe ser visto como una decisión de aumentar la actividad delictiva. También debe ser visto como un intento de cambiar la ley, o como una decisión de no cumplir la ley cuando sus aplicadores desafían su deber legal (como la policía ha hecho mientras ha observado linchamientos)”¹¹¹. Esta teoría, en este sentido, viene a reforzar la necesidad de que las normas y las sanciones deban revestir de la legitimidad suficiente para no generar efectos contraproducentes a nivel individual, pero también a nivel general, que tengan que ver con la pérdida de confianza y que conduzca a supuestos como protestas violentas o la generación de situaciones de conflicto. Como señalaban GÓMEZ-BELLVÍS y CASTRO TOLEDO en su estudio sobre el efecto desafío en el ámbito de los delitos de expresión, una situación de desafío general en este sentido podría haberse producido con los disturbios y protestas que se produjeron en diferentes ciudades de España a raíz de la detención del rapero *Pablo Hasel* por una segunda condena en el ámbito de los denominados delitos de opinión que provocó su ingreso en prisión. Concretamente, la muestra de dicho estudio informaba la disposición a desafiar las normas de expresión, aunque la mayor disposición a desafiar se daba con respecto al apoyo de manifestaciones y protestas para descriminalizar este tipo de expresiones¹¹².

c. Posturas de desafío

Otra autora que ha mostrado interés por las actitudes desafiantes hacia las normas, especialmente las que se refieren al ámbito de los impuestos es Valerie BRAITHWITE. Esta autora introduce el concepto de “posturas motivacionales” que describen el tipo de actitudes de la ciudadanía y su distancia hacia la autoridad y la norma, lo cual influye en el cumplimiento de esta. De acuerdo con la autora, es posible identificar cinco posturas motivacionales: a) Compromiso, entendido como la actitud positiva hacia la legitimidad de la autoridad y una actitud proactiva a cumplir con la norma; b) la capitulación, como una actitud pasiva de cumplimiento que no necesariamente implica aceptar la legitimidad de la autoridad; c) la resistencia, que supone una oposición activa motivada por la percepción de injusticia; d) la desvinculación, que se manifiesta como una apatía o descreencia en la autoridad, entendiéndola

¹⁰⁸SHERMAN, en McLAUGHLIN,/NEWBURN (Eds), *The Sage Handbook of Criminological Theory*, Sage, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, 2010.

¹⁰⁹SHERMAN, en *Journal of research in Crime and Delinquency*, 1993.

¹¹⁰SHERMAN, en McLAUGHLIN,/NEWBURN (Eds), *The Sage Handbook of Criminological Theory*, Sage, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, 2010., p. 369.

¹¹¹SHERMAN, en McLAUGHLIN,/NEWBURN (Eds), *The Sage Handbook of Criminological Theory*, Sage, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, 2010., p. 369.

¹¹²GÓMEZ-BELLVÍS/CASTRO TOLEDO, en *Revista chilena de derecho y tecnología*, 2022.

como irrelevante; y, finalmente, e) el juego, como aquella actitud y conducta que implica manipular las normas en ventaja de uno mismo sin desafiarlas directamente¹¹³. Estas cinco posturas es posible clasificarlas en dos categorías de desafío: a) el desafío de resistencia: esta categoría implica que como consecuencia de las injusticias percibidas, las personas mantienen cierto compromiso con la autoridad, pero cuestionan sus acciones; b) desafío despectivo: este tipo de desafío surge cuando el sujeto entiende que la autoridad carece de legitimidad y eso le lleva a sentir una desvinculación total o a la manipulación estratégica. La investigación de la autora pone de relieve que entender estas posturas es crucial para las autoridades que buscan el cumplimiento, ya que al reconocer y tratar las causas subyacentes del desafío, como asegurar la legitimidad procedimental, las autoridades pueden cambiar las actitudes y conductas de los individuos hacia comportamientos más cooperativos¹¹⁴.

De esta forma, la injusticia percibida puede conducir a los contribuyentes a cuestionar la legitimidad de la autoridad incrementando la resistencia y la desvinculación¹¹⁵. Esta propuesta, asimismo, ha sido relacionada con otros enfoques como la legitimidad moral u obligación moral y las normas sociales, mostrando que tratar de encontrar una relación positiva entre las autoridades fiscales y los ciudadanos puede aumentar la moral (*morale*) y el cumplimiento¹¹⁶. En el ámbito que nos ocupa, la teoría de BRAITHWAITE ha sido obviada, posiblemente porque muchos de sus elementos nucleares (e.g., los que tienen que ver con la legitimidad procedimental) ya han sido cubiertos por propuestas específicas como la justicia procedimental de TYLER o la del desafío de SHERMAN. Si bien, recientemente, SARGEANT y colaboradores trataron de integrar la propuesta de BRAITHWAITE para analizar las actitudes desafiantes de las minorías contra la autoridad policial en Australia. Con el objetivo de entender los factores que pueden conducir al desafío en contra de la policía, encontraron que la injusticia procedimental de la policía puede crear amenazas identitarias contra estos grupos específicos, lo que podría ser un conductor del desafío hacia las autoridades¹¹⁷.

d. Abandono de la cooperación y eficacia colectiva

Como se ha podido observar, el trabajo de TYLER y su teoría de la justicia procedimental constituye una contribución esencial en el ámbito del cumplimiento normativo. Lo es de forma autónoma en el sentido de que la propuesta de TYLER tiene capacidad suficiente para explicar el cumplimiento o incumplimiento derivado de la citada legitimidad procedimental y servir como teoría independiente; pero también lo es por constituir la teoría o sus elementos un complemento a otras propuestas o enfoques, como el de SHERMAN o el de Valerie BRAITHWAITE. Si bien es cierto que uno de los efectos más preocupantes de la injusticia procedimental puede ser el incumplimiento de la norma o el desafío específico o general hacia la autoridad, la injusticia

¹¹³ BRAITHWAITE, «Games of Engagement: Postures within the Regulatory Community», *Law & Policy*, 17, 1995, pp. 225-55.

¹¹⁴ BRAITHWAITE, «Tensions between the Citizen Taxpaying Role and Compliance Practices», *Centre for Tax System Integrity Working Paper 13*. Canberra: The Australian National University, 2001; BRAITHWAITE/MURPHY/REINHART, «Taxation threat, motivational postures, and responsive regulation», *Law & Policy*, 29(1), 2007, pp. 137-158.

¹¹⁵ MURPHY, «Regulating more effectively: The relationship between procedural justice, legitimacy, and tax non-compliance», *Journal of Law and Society*, 32(4), 562-589, 2005.

¹¹⁶ TORGLER, *Tax Compliance and Tax Morale: A Theoretical and Empirical Analysis*. Edward Elgar, 2007.

¹¹⁷ SARGEANT/MURPHY/ BRADFORD, «The foundations of defiance: examining the psychological underpinnings of ethnic minority defiance toward police», *Policing and society*, 33(7), 802-819, 2023.

procedimental también puede producir un efecto general igualmente preocupante: la falta de cooperación con las autoridades. A veces, se puede pensar que las autoridades necesitan poco de la ciudadanía para prevenir, investigar y perseguir el delito, tan poco como la mera obediencia. Sin embargo, ello dista bastante de la realidad. Para poder llevar a cabo las funciones correctamente de prevención, investigación y persecución del delito se necesita de la colaboración ciudadana. Por ejemplo, en el ámbito judicial, en no pocas ocasiones se requiere del testimonio de los testigos; en el ámbito policial, igualmente se necesita que se denuncien los delitos. Sin embargo, uno de los efectos que puede producir que las normas y las autoridades no se perciban como legítimas es precisamente el corte de ese suministro de información esencial que debe provenir de la ciudadanía. Los estudios muestran que hay una correlación entre la práctica de justicia procedimental y la cooperación con las autoridades¹¹⁸, por lo que un efecto general que puede producir la ausencia de legitimidad sustantiva y procedimental no es solo el incumplimiento o el descontento con el sistema, sino también la desconfianza suficiente para no colaborar con el mismo. En términos similares, la literatura en sociología también apunta al desarrollo de una actitud de cinismo jurídico, cuando la ciudadanía o parte de ella percibe tanto a la ley como a la autoridad como ilegítimos, ineficaces o incapaces de garantizar la seguridad pública¹¹⁹. Los estudios empíricos vinculan el cinismo jurídico con mayores tasas de delincuencia, menor cooperación con la policía y la persistencia de la violencia en determinadas comunidades. De esta forma, aquellos que desarrollan esta actitud perciben el derecho y a la policía u otras autoridades como poco receptivos o corruptos, generando en ellos desconfianza y desapego hacia el sistema jurídico¹²⁰. Esas percepciones pueden venir o bien de experiencias propias negativas con las autoridades o a partir de experiencias vicarias como la encarcelación de familiares, conocidos, etc.¹²¹ Entre los efectos contraproducentes, se encuentra el aumento de conductas delictivas¹²²; la persistencia de la violencia en barrios con un alto cinismo jurídico¹²³; menor cooperación con la ley en la medida en que estas personas tienden a denunciar menos los delitos, a colaborar menos con la policía, reduciendo así la eficacia de la justicia penal¹²⁴; y también está relacionado con una reducción de la eficacia colectiva, puesto que disminuye la probabilidad de arrestos y sanciones¹²⁵.

¹¹⁸ MAZEROLLE, *et al.*, *Procedural justice and legitimacy in policing*. Springer, 2014; TYLER, «Procedural justice and policing: A rush to judgment?» *Annual review of law and social science*, 13(1), 29-53, 2017.

¹¹⁹ GIFFORD/REISIG, «A multidimensional model of legal cynicism», *Law and human behavior*, 43(4), 383, 2019; KIRK/MATSUDA, «Legal cynicism, collective efficacy, and the ecology of arrest», *Criminology*, 49(2), 443-472, 2011.

¹²⁰ KIRK/PAPACHRISTOS, «Cultural mechanisms and the persistence of neighborhood violence», *American journal of sociology*, 116(4), 1190-1233, 2011; KIRK/MATSUDA, en *Criminology*, 49(2), 2011; GIFFORD/REISIG, en *Law and human behavior*, 43(4), 2019.

¹²¹ CAVANAGH/ FINE/ CAUFFMAN, «How do adolescents develop legal cynicism? A test of legal socialization mechanisms among youth involved in the justice system» *Justice Quarterly*, 39(3), 478-496, 2022; TRINKNER/COHN, «Putting the “social” back in legal socialization: Procedural justice, legitimacy, and cynicism in legal and nonlegal authorities», *Law and human behavior*, 38(6), 602, 2014; CLARK, *et al.*, «Antecedents of legal cynicism unpacked: The impact of parental incarceration, race, and ACEs on its development», *Journal of Criminal Justice*, 88, 102116, 2023.

¹²² AMERI, *et al.*, «Legal cynicism: Independent construct or downstream manifestation of antisocial constructs? New evidence», *International Journal of Law and Psychiatry*, 64, 211-218, 2019; REISIG/WOLFE/ HOLTGRETER, «Legal cynicism, legitimacy, and criminal offending: The nonconfounding effect of low self-control», *Criminal justice and behavior*, 38(12), 1265-1279, 2011.

¹²³ KIRK/PAPACHRISTOS, en *American journal of sociology*, 2011.

¹²⁴ KIRK/MATSUDA, en *Criminology*, 2011.

¹²⁵ KIRK/MATSUDA, en *Criminology*, 2011.

4. Consideraciones finales

Este trabajo ha partido de la pregunta de investigación sobre los efectos indeseados que puede producir la sanción penal a partir de los mismos elementos identificados previamente por la literatura sobre cumplimiento normativo y que han mostrado una relación directa con el cumplimiento de las normas: la influencia social y la legitimidad. La pregunta adquiere relevancia ante la constatación del abandono de la reflexión en torno a estos posibles efectos adversos por parte de las distintas disciplinas que se han ocupado de teorizar sobre el efecto del castigo en la conducta de las personas, normalmente mirado desde la perspectiva de su capacidad preventiva, olvidando que la propia norma puede producir también efectos indeseados.

Por un lado, el Derecho penal ha abordado la cuestión del castigo esencialmente a través del debate sobre las teorías de la pena. Sin embargo, la discusión doctrinal sobre la función del castigo normalmente se ha dado, por un lado, en el plano eminentemente normativo y, por otro, cuando se suponen efectos del castigo a través de las diferentes teorías se hace haciendo únicamente referencia a la parte preventiva (general-específica/positiva-negativa), y no se mira hacia los efectos perversos o contraproducentes que la propia norma basada en esos fundamentos preventivos puede generar o activar. A ello se le suma la circunstancia de que, salvo excepciones, en el debate no se suele tener en cuenta la literatura empírica procedente del ámbito de las ciencias sociales cuando se hipotetizan los efectos que puede producir el castigo¹²⁶.

Por su parte, la criminología, pese a la línea señalada por SHERMAN en diversas ocasiones, tampoco ha recogido el testigo completamente de analizar en qué medida la norma interactúa con la conducta, centrándose especialmente en la investigación y explicación de los correlatos de la delincuencia, o en el estudio de los efectos criminógenos que tienen instituciones como la prisión en el reo tanto durante como después del cumplimiento de la condena¹²⁷. Y otro tanto cabría decir de la literatura sobre cumplimiento normativo que ha centrado sus esfuerzos en explicar los factores asociados con el cumplimiento de las normas por parte de la ciudadanía.

Sin embargo, parte de esa configuración *ex ante* de la norma penal y el castigo no solo debe realizarse sobre la base de los efectos preventivos mostrados en los estudios empíricos, sino también teniendo en cuenta la otra cara de la moneda: la posible activación de mecanismos negativos que la propia norma puede generar y que, si no se tienen en cuenta, puede que pasen inadvertidos. Nótese que el efecto contrario al preventivo no es que las normas penales no tengan efecto ninguno, como parece que asumen aquellos que hacen uso del Derecho penal continuamente para dar respuestas a disfunciones sociales a través de reformas continuas del Código Penal. El efecto contrario al preventivo es que la propia norma pueda estimular el incumplimiento o erosionar la legitimidad abstracta del sistema penal¹²⁸. Por este motivo, en este trabajo se ha tenido como objetivo realizar una cartografía de los efectos indeseados que la sanción penal puede producir en diferentes momentos (comunicación y aplicación) y en función de si se pueden dar sobre el sujeto en concreto (individuo) o pueden afectar a la generalidad (generales y latentes). Como se ha podido advertir, la principal dificultad de abordar una tarea

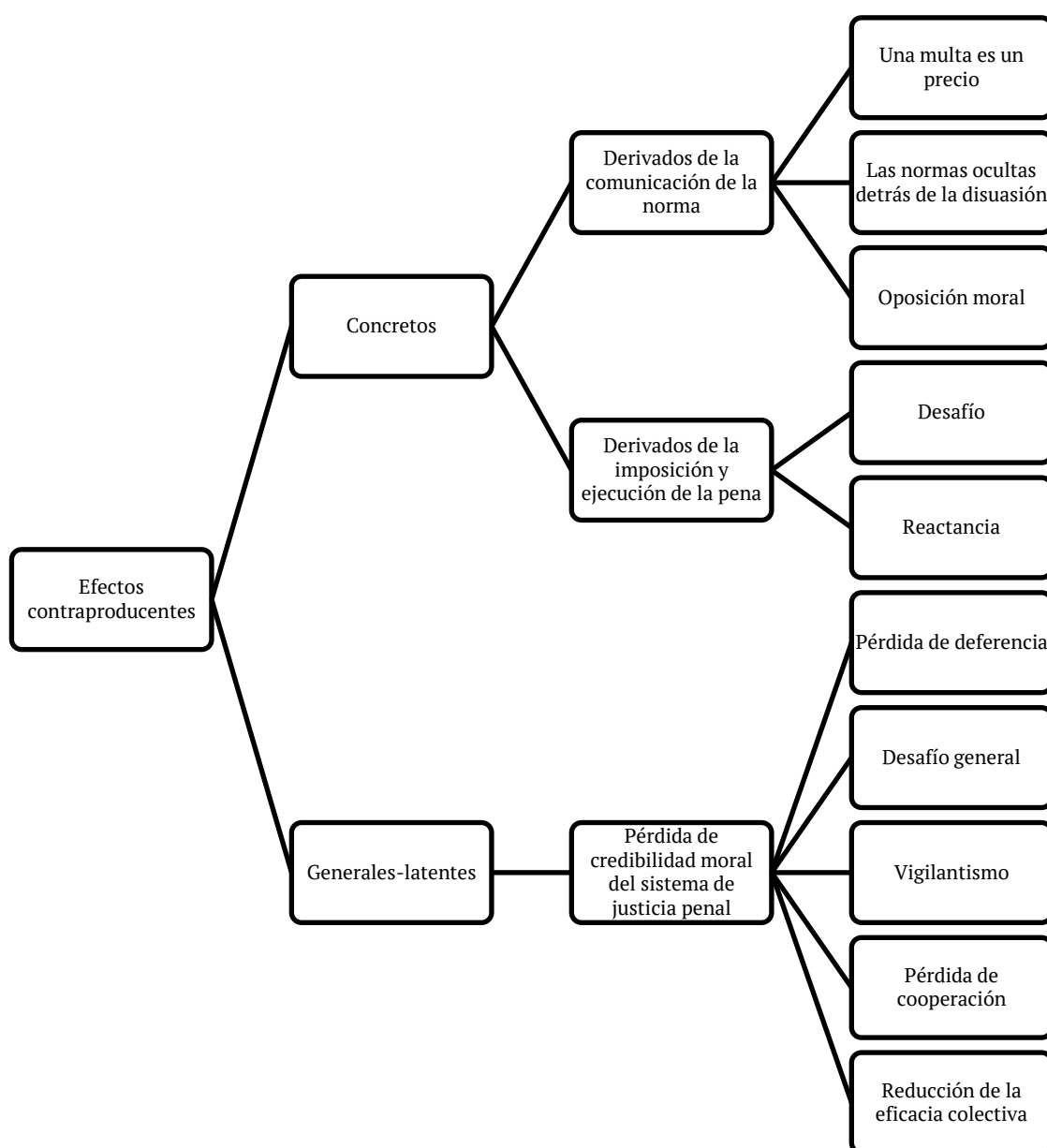
¹²⁶ GÓMEZ-BELLVÍS, Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos, (en prensa).

¹²⁷ GAES/CAMP, «Unintended consequences: Experimental evidence for the criminogenic effect of prison security level placement on post-release recidivism», *Journal of Experimental Criminology*, 5, 139-162, 2009; LOEFFLER/NAGIN, «The impact of incarceration on recidivism» *Annual review of criminology*, 5(1), 133-152, 2022; KIRK/WAKEFIELD, «Collateral consequences of punishment: A critical review and path forward», *Annual Review of Criminology*, 1(1), 171-194, 2018.

¹²⁸ GÓMEZ-BELLVÍS, Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos, (en prensa).

de este tipo y en relación con este tema es precisamente la poca atención que se le ha prestado en los tres tipos de literaturas señaladas, así como la dispersión entre disciplinas del estudio de los efectos que podrían ser interesantes y ser considerados para tenerlos en cuenta al pensar en la idoneidad y eficacia de la sanción penal. En este sentido, de partida se asumen las limitaciones intrínsecas al esbozo que se realiza en torno a los efectos contraproducentes de la sanción penal, en especial, las siguientes: a) la primera tiene que ver con la imposibilidad de decir con cierto grado de seguridad que los aquí relatados son todos los efectos contraproducentes posibles; b) la segunda, es que la dispersión entre disciplinas y objetivos de investigación, obligan a establecer estos efectos como posibles o potenciales. Pese a estas limitaciones, la revisión narrativa de la literatura que se ha llevado a cabo permite distinguir entre efectos concretos y generales-latentes (véase la Ilustración 1).

Ilustración 1. Esquema de la cartografía de los efectos contraproducentes de la sanción penal.



Fuente: *Elaboración propia.*

Más allá de los efectos concretos relacionados directamente con el incumplimiento de las normas, la literatura tanto en criminología como en psicología social ha puesto de manifiesto que la inobservancia de elementos esenciales como las normas sociales y la legitimidad sustantiva y procedimental puede conducir a efectos de carácter más generales, sistémicos si se quiere, y latentes. Se trata de la erosión de la relación entre la ciudadanía y las normas, así como con las autoridades que las aplican. En este sentido, todos los autores que se han analizado anteriormente, si bien con términos distintos (incredibilidad moral, injusticia procedimental, desafío, cinismo legal, etc.), exponen las consecuencias negativas a nivel general que puede tener que la ciudadanía o una parte de ella perciba que el sistema no tiene ningún tipo de credibilidad moral, puesto que falla en hacer justicia, es parcial o inequitativa en su aplicación. Así, ROBINSON menciona la necesidad de que el sistema gane esa credibilidad moral para obtener la deferencia y conformidad de sus receptores, puesto que cuando no la tiene ello conduce a una indiferencia por las normas, a un vigilantismo incluso agresivo y actitudes poco colaborativas y participativas con el propio sistema. En un sentido similar, el trabajo de TYLER se ha centrado en mostrar cómo, efectivamente, cuando la ciudadanía tiene una percepción de que las autoridades son injustas porque la aplicación que realizan de las normas no responde a estándares de respeto, equidad, neutralidad, entre otros, se generan efectos de desconfianza, no cooperación, y resistencia activa a la autoridad. Esto se puede manifestar de diferentes maneras, como la erosión de la confianza en el sistema y las autoridades que conducen a no denunciar delitos, a no colaborar en el esclarecimiento de los mismos, a protestas contra lo que se considera injusto, etc. En una línea explicativa similar, SHERMAN señala la generación de estas actitudes en los receptores como consecuencia de las normas y su aplicación, siendo BRAITHWAITE la que hace una clasificación de este tipo de actitudes que van desde la conformidad porque hay una aceptación de la legitimidad de la norma y su aplicación hasta el desafío abierto que implica su incumplimiento, pasando por formas de desafío menos abiertas, como la búsqueda de lagunas que permitan desafiar a la autoridad y la norma de forma menos intensa.

Con independencia del nombre o etiqueta que se le prefiera dar, todas estas descripciones fenomenológicas tienen en común que establecen una relación causal entre las normas carentes de legitimidad por su configuración o aplicación y las actitudes de desconfianza y resentimiento hacia el propio sistema. Es por este motivo por lo que se puede considerar que tienen un carácter latente. No es que una sola percepción de injusticia en relación con una norma o tratamiento desencadene directamente tales efectos (vigilantismo, no cooperación, etc.), sino que se acumulan y pueden ir solidificando una percepción de injusticia en la ciudadanía o parte de ella que eventualmente genere ese tipo de situaciones. En todas estas posturas adquiere una relevancia evidente la legitimidad percibida y la necesidad de que desde su creación hasta su aplicación los operadores jurídicos traten de minimizar estos efectos contraproducentes. Al legislador y los decisores políticos tanto les debería preocupar el incumplimiento directo como otras formas de malestar que supongan un obstáculo a la eficacia colectiva en la prevención del delito.

Anteriormente se ha hecho referencia a dos limitaciones que puede tener la clasificación de los efectos contraproducentes de la sanción penal. A ellas cabe añadir en este punto una más: en esta cartografía se han clasificado los efectos indeseados en concretos y generales-latentes, en función de la nitidez de la relación causal entre la norma y el incumplimiento o el efecto indeseado. Sin embargo, y aunque analíticamente se pueden separar tal y como se ha hecho aquí, no hay que obviar que los concretos pueden conllevar a efectos de tipo general, así como que los

efectos generales como la incredulidad moral también puede dar lugar a efectos concretos como el incumplimiento.

Como corolario, y desde la perspectiva de la política criminal, la pregunta sobre otros posibles efectos de la norma y su interacción con la conducta de los ciudadanos refleja la necesidad de investigar empíricamente y en el ámbito que atañe a la política criminal cómo funcionan realmente tales mecanismos y mejorar el conocimiento que se tiene de los efectos indeseados. Y desde la perspectiva *ex ante*, el legislador tiene una tarea importante en el ámbito de las normas y el castigo como forma de incidir sobre las conductas desvaloradas. Hasta ahora da la sensación de que se ha banalizado la cuestión del proceder del legislador con respecto a la estrategia disuasoria. Pareciera que, aunque se sabe o intuye que no termina por funcionar de la forma en la que se ha venido aplicando dicha estrategia, que el legislador aumente las sanciones penales no tiene más importancia más allá de que no produzca el efecto preventivo esperado. Es como si lo “peor” que puede pasar al criminalizar una conducta o aumentar las penas bajo la misma premisa disuasoria es que no tenga efectos disuasorios. Pero puede haber más consecuencias derivadas de la norma penal y que pueden tener efectos contraproducentes en términos de prevención y nocivos en términos de credibilidad y legitimidad de la norma y del sistema penal, ambos efectos igualmente preocupantes. En este sentido, que el legislador atienda a los estudios o que evalúe seriamente su intervención ya no solo debe ser una cuestión técnica de si la estrategia adoptada va a funcionar o no, sino necesaria para evitar efectos que empeoren la situación de partida.

5. Bibliografía

AMERI, Taylor, *et al.*, «Legal cynicism: Independent construct or downstream manifestation of antisocial constructs? New evidence», *International Journal of Law and Psychiatry*, 64, 211-218, 2019.

ANDERSON, Elijah, *Code of the street: Decency, violence, and the moral life of the inner city*. WW Norton & Company, 2000.

APEL, Robert, «Sanctions, perceptions, and crime: Implications for criminal deterrence», *Journal of quantitative criminology*, 29, 2013.

APEL, Robert/DEWITT, Samuel, «Informal and formal sanctions». en NAGIN/CULLEN/JONSON (Eds.), *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23* (pp. 81-106). Routledge.

BALL, Hanna/WOZNIAK, Tayah Renea, «Why do some Americans resist COVID-19 prevention behavior? An analysis of issue importance, message fatigue, and reactance regarding COVID-19 messaging», *Health Communication*, 37(14), 1812-1819, 2022.

BARTELS, Dan *et al.*, «Moral Judgment and Decision-Making», en KEREN/WU (Eds), *The Wiley Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*, Wiley, Chicester, 2015.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (Traducción de Juan Antonio de las Casas), Alizanza Editorial, 2023 (1764).

BENTHAM, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Batoche Books Kitchener, 2000 (1789).

BERAMENDI, Maite Regina/ZUBIETA, Elena Mercedes, «Norma perversa y cultura de la transgresión», I Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología XVI Jornadas de Investigación Quinto Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, 2009.

- BERGQUIST, Magnus/NILSSON, Andreas, «The DOs and DON'Ts in social norms: A descriptive don't-norm increases conformity», *Journal of Theoretical Social Psychology*, 3(3), 2019.
- BERNBURG, Jon Gunnar, Labeling theory. *Handbook on crime and deviance*, 2019, pp. 179-196.
- BOBEK, Donna/HAGEMAN, Amy/KELLIHER, Charles, «Analyzing the Role of Social Norms in Tax Compliance Behavior», *Journal of Business Ethics*, 115, 2013.
- BOTTOMS, Anthony, «Understanding compliance with laws and regulations: a mechanism-based approach», en KRAMBIA-KAPARDIS, Maria (Ed.), *Financial Compliance: Issues, Concerns and Future Directions*, Cham, Springer International Publishing, 2019.
- BOUFFARD, Leana Allen/PIQUERO, Nicole, L. «Defiance theory and life course explanations of persistent offending», *Crime & delinquency*, 56(2), 2010.
- BRAITHWAITE, John, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- BRAITHWAITE, Valerie, «Games of Engagement: Postures within the Regulatory Community», *Law & Policy*, 17, 1995
- BRAITHWAITE, Valerie, «Tensions between the Citizen Taxpaying Role and Compliance Practices», *Centre for Tax System Integrity Working Paper 13. Canberra: The Australian National University*, 2001.
- BRAITHWAITE, Valerie/MURPHY, Kristina/REINHART, Monika «Taxation threat, motivational postures, and responsive regulation», *Law & Policy*, 29(1), 2007.
- BREHM, Jack, *A theory of psychological reactance*. Oxford, England, Academic Press, 1966.
- CASTRO-TOLEDO, Francisco Javier/ GÓMEZ BELLVÍS, Ana Belén, «Política criminal basada en evidencias: alcance, bases científicas y retos», en RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón (Dir.), *Manual de Política Criminal*, Barcelona, Atelier, 2022.
- CAVANAGH, Caitlin/ FINE, Adam/ CAUFFMAN, Elisabeth, «How do adolescents develop legal cynicism? A test of legal socialization mechanisms among youth involved in the justice system» *Justice Quarterly*, 39(3), 478-496, 2022.
- CIALDINI, Robert B./ KALLGREN, Carl A./ RENO, Raymond R., «A focus theory of normative conduct: A theoretical refinement and reevaluation of the role of norms in human behavior», en *Advances in Experimental Social Psychology*, 24, 1991.
- CIALDINI, Robert, «Descriptive Social Norms as Underappreciated Sources of Social Control» *Psychometrika*, 72, 2007.
- CLARK, Miriam, *et al.*, «Antecedents of legal cynicism unpacked: The impact of parental incarceration, race, and ACEs on its development», *Journal of Criminal Justice*, 88, 102116, 2023.
- DEPOORTER, Ben/VAN HIEL, Alain/VANNESTE, Sven, «Copyright backlash», *S. Cal. L. Rev.*, 84, 2010.
- DEUTSCH, Morton/GERARD, Harold, «A Study of Normative and Informational Social Influences upon individual Judgment», *Journal of Abnormal and Social Psychology*, 51, 1995.
- DÍAZ, Rodrigo/COVA, Florian, «Reactance, morality, and disgust: the relationship between affective dispositions and compliance with official health recommendations during the COVID-19 pandemic», *Cognition and emotion*, 36(1), 120-136, 2022.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003.
- FARRINGTON, David/MURRAY, Joseph (Eds.), *Labeling Theory. Empirical Tests*, New York, Routledge, 2014.

FERNÁNDEZ DOLS, José Miguel, «Procesos escabrosos en Psicología Social: el concepto de norma perversa», *Revista de Psicología Social*, 7(2), 1992.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal* (Traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni), Hammurabi, 1989 (1801).

GAES, Gerald/CAMP, Scott, «Unintended consequences: Experimental evidence for the criminogenic effect of prison security level placement on post-release recidivism», *Journal of Experimental Criminology*, 5, 139-162, 2009.

GIFFORD, Faith/REISIG, Michael, «A multidimensional model of legal cynicism», *Law and human behavior*, 43(4), 383, 2019.

GNEEZY, Uri/RUSTICHINI, Aldo, «A fine is a Price» *The journal of legal studies*, 29(1), 2000.

GÓMEZ BELLVÍS, Ana Belén, «Crónica de una ineficacia anunciada: un estudio sobre los factores asociados al cumplimiento en el ámbito de la propiedad intelectual», *Indret*, (1), 2019.

GÓMEZ BELLVÍS, Ana Belén, «Desde Feuerbach hasta Kahneman: Un análisis de la evolución de la teoría de la disuasión general», *Revista General de Derecho Penal*, (41), 2024.

GÓMEZ BELLVÍS, Ana Belén, «La disuasión penal en el estado de alarma: sobre la eficacia de la amenaza del castigo de la desobediencia al confinamiento», *Indret*, (4), 2020.

GÓMEZ BELLVÍS, Ana Belén, *Los efectos de la sanción penal desde los datos empíricos*, Valencia, Tirant lo Blanch, (en prensa).

GÓMEZ-BELLVÍS, Ana Belén/CASTRO TOLEDO, Francisco Javier, «Los delitos de expresión en redes sociales desde los efectos de la sanción penal: ¿Efecto disuasorio o efecto desafío?», *Revista chilena de derecho y tecnología*, 11(1), 2022.

GÓRECKI, Maciej/ LETKI, Natalia, «Social Norms Moderate the Effect of Tax System on Tax Evasion: Evidence from a Large-Scale Survey Experiment», *Journal of Business Ethics*, 172, 2020.

HOLMÅS, Tor elge *et al.*, «Does monetary punishment crowd out pro-social motivation? A natural experiment on hospital length of stay», *Journal of Economic Behavior & Organization*, 75(2), 2010.

KAHAN, Dan M., «Social influence, social meaning, and deterrence», *Va. L. Rev.*, 83, 1997.

KAPTEIN, Muel/ VAN HELVOORT, Martien, «A model of neutralization techniques», *Deviant behavior*, 40(10), 2019.

KIRCHLER, Erich, «Reactance to taxation: Employers' attitudes towards taxes», *The Journal of Socio-Economics*, 28(2), 131-138, 1999.

KIRK, David/MATSUDA, Mauri, «Legal cynicism, collective efficacy, and the ecology of arrest», *Criminology*, 49(2), 443-472, 2011.

KIRK, David/PAPACHRISTOS, Andrew, «Cultural mechanisms and the persistence of neighborhood violence», *American journal of sociology*, 116(4), 1190-1233, 2011.

KIRK, David/WAKEFIELD, Sara, «Collateral consequences of punishment: A critical review and path forward», *Annual Review of Criminology*, 1(1), 171-194, 2018.

KNOWLES, Alissa *et al.*, «Evading detection during adolescence: the role of criminal capital and psychosocial factors», *Justice Quarterly*, 38(2), 2021.

KORNHAUSER, Lewis/TONTRUP, Yijia, «Testing a fine is a price in the lab», *International Review of Law and Economics*, 63, 105931, 2020.

KRISS, Lauren *et al.*, «Psychological reactance theory and COVID-19 vaccine mandates: the roles of threat magnitude and direction of threat», *Journal of Health Communication*, 27(9), 654-663, 2022.

- KUIPER, Malouke Esra, ET AL., «A Network Approach to Compliance: A Complexity Science Understanding of how Rules Shape Behavior», *Journal of Business Ethics*, 184, 2023.
- LOEFFLER, Charles/NAGIN, Daniel, «The impact of incarceration on recidivism» *Annual review of criminology*, 5(1), 133-152, 2022.
- MALLE, Bertram, «Moral Judgments», *Annual Review of Psychology*, 72, 2021.
- MATZA, David/SYKES, Gresham, «Techniques of neutralization: A theory of delinquency», *American sociological review*, 22(6), 1957.
- MAZEROLLE, Lorraine, et al., *Procedural justice and legitimacy in policing*. Springer, 2014.
- MCGUIRE, Noel/BALL, Hannah, «Extending psychological reactance theory to include denial of threat and media sharing intentions as freedom restoration behavior», *Communication research reports*, 39(3), 136-146, 2022.
- METCALF, Cherie et al., «Is a fine still a price? Replication as robustness in empirical legal studies», *International Review of Law and Economics*, 63, 105906, 2020.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, «La función de la pena ante 'el paso emérico' del Derecho penal», *Revista General de Derecho Penal*, (27), 2017.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, (Dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres: el Derecho penal ante el odio y la radicalización en Internet*, Madrid, Marcial Pons, 2017.
- MIRÓ LLINARES, Fernando/ BAUTISTA ORTUÑO, Rebeca, «¿Por qué cumplimos las normas penales? Sobre la disuasión en materia de seguridad vial», *Indret*, (4), 2013.
- MIRÓ LLINARES, Fernando/GÓMEZ BELLVÍS, Ana Belén, «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», *Spanish Journal of legislative Studies*, (1), 2020.
- MURPHY, Kristina, «Regulating more effectively: The relationship between procedural justice, legitimacy, and tax non-compliance», *Journal of Law and Society*, 32(4), 562–589, 2005.
- NAGIN, Daniel S./TELEP, Cody W., «Procedural Justice and Legal Compliance», *Annual Review of Law and Social Science*, 13, 2017.
- NAGIN, Daniel, «Deterrence: A review of the evidence by a criminologist for economists», *Annu. Rev. Econ.*, 5(1), 2013.
- NAGIN, Daniel, «Deterrent effects of the certainty and severity of punishment». en NAGIN/CULLEN/JONSON (Eds.), *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23* (pp. 81-106). Routledge.
- NAGIN, Daniel. S/CULLEN, Francis T./ JONSON, Cheryl L., *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23. Contemporary Perspectives*, Routledge, 2018.
- NETTER, Brian, «Avoiding the Shameful Backlash: Social Repercussions for the Increased Use of Alternative Sanctions», *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 96(1), 2005.
- NOLAN, Jessica/WALLEN, Kenneth, «Social Norms and Persuasion», en VAN ROOIJ/SOKOL (EDS.), *The Cambridge Handbook of Compliance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2021
- PARADES CASTAÑÓN, José Manuel, *La justificación de las leyes penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- PATERNOSTER, Raymond «Perceptual deterrence theory», en NAGIN/CULLEN/JONSON (Eds.), *Deterrence, Choice, and Crime, Volume 23* (pp. 81-106). Routledge.
- PIQUERO, Alex et al., «Elaborating the individual difference component in deterrence theory», *Annual Review of Law and Social Science*, 7(1), 2011.

- PIQUERO, Nicole L./BOUFFARD, Leana Allen «A preliminary and partial test of specific defiance», *Journal of Crime and Justice*, 26(1), 2003.
- POGARSKY, Greg/HERMAN, Shaina, «Nudging and the choice architecture of offending decisions», *Criminology & Public Policy*, 18(4), 2019, p. 826.
- REISIG, Michael/WOLFE, Scott/ HOLTRETER, Kristy, «Legal cynicism, legitimacy, and criminal offending: The nonconfounding effect of low self-control», *Criminal justice and behavior*, 38(12), 1265-1279, 2011.
- ROBINSON, Paul H., «¿Una tregua en la guerra de los principios distributivos?: Merecimiento empírico, credibilidad moral y la interiorización de las normas sociales», en MIRÓ LLINARES, Fernando (Dir.), *El Derecho penal ante lo «empírico»: Sobre el acercamiento del Derecho penal y la Política Criminal a la realidad empírica* (pp. 23-42). Madrid, Marcial Pons, 2021.
- ROBINSON, Paul H., «Testing lay intuitions of justice: How and why», *Hofstra L. Rev.*, 28, 1999.
- ROBINSON, Paul H., *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, Oxford University Press, 2013.
- ROBINSON, Paul H./ DARLEY, John M., «Intuitions of justice: Implications for criminal law and justice policy», *S. Cal. L. Rev.*, 81, 2007.
- ROBINSON, Paul H./DARLEY, John M., «The utility of desert», en *Criminal Law* (pp. 381-428). Routledge, 2019.
- ROBINSON, Paul H./DARLEY, John M., *Justice, Liability, and Blame: Community Views and the Criminal Law*, Routledge, 1995.
- ROBINSON, Paul H./HOLCOMB, Lindsay, «The Criminogenic Effects of Damaging Criminal Law's Moral Credibility», *S. Cal. Interdisc. LJ*, 31, 2021.
- ROBINSON, Paul H./KURZBAN, Robert, «Concordance and conflict in intuitions of justice», *Minn. L. Rev.*, 91, 2006.
- RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- ROSENBERG, Benjamin/SIEGEL, Jason «A 50-year review of psychological reactance theory: Do not read this article», *Motivation Science*, 4(4), 281, 2018.
- SARGEANT, Elise/DAVOREN, Nicholas/ MURPHY, Kristina «The defiant and the compliant: how does procedural justice theory explain ethnic minority group postures toward police?», *Policing and society*, 31(3), 2021.
- SARGEANT, Elise/MURPHY, Kristina/ BRADFORD, Ben, «The foundations of defiance: examining the psychological underpinnings of ethnic minority defiance toward police», *Policing and society*, 33(7), 802-819, 2023.
- SCHEFF, Thomas/RETZINGER, Suzanne, *Emotion and Violence: Shame and Rage in Destructive Conflicts*, Lexington, Lexington Books, 1991.
- SCHOPFER, Andrea/PIQUERO, Alex, «Self-Control, Moral Beliefs, and Criminal Activity», en *Deviant Behavior*, vol. 27, 2006.
- SCHULTZ, Wesley, *et al.*, «The constructive, destructive, and reconstructive power of social norms», *Psychological science*, 18(5), 2007.
- SHERMAN, Lawrence, «Defiance, compliance and consilience: A General Theory of Criminology», en McLAUGHLIN, Tim/NEWBURN, Eugene (Eds), *The Sage Handbook of Criminological Theory*, Sage, Los Angeles/London/New Delhi/Singapore/Washington DC, 2010.
- SHERMAN, Lawrence, «Defiance, deterrence, and irrelevance: A theory of the criminal sanction», *Journal of research in Crime and Delinquency*, 30 (4), 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús maría, «El estigma como política pública: el reproche de la pena y las clases de delitos», *Revista Criminalia Nueva Época*, 90(1), 2024.

SPRENGHOLZ, Philipp/BETSCH, Cornelia/BÖHM, Robert, «Reactance revisited: Consequences of mandatory and scarce vaccination in the case of COVID-19», *Applied Psychology: Health and Well-Being*, 13(4), 986-995, 2021.

TORGLER, Benno, *Tax Compliance and Tax Morale: A Theoretical and Empirical Analysis*. Edward Elgar, 2007.

TRINKNER, Rick/COHN, Ellen, «Putting the “social” back in legal socialization: Procedural justice, legitimacy, and cynicism in legal and nonlegal authorities», *Law and human behavior*, 38(6), 602, 2014.

TYLER, Tom R., *Why people obey the law*, Princeton University Press, 2006.

TYLER, Tom, «Procedural justice and policing: A rush to judgment?», *Annual review of law and social science*, 13(1), 29-53, 2017.

TYLER, Tom, «Procedural justice, legitimacy, and the effective rule of law», *Crime and justice*, 30, 2003.

TYLER, Tom, *Why people obey the law*, Princeton University Press, 2006.

VAN ROOIJ, Benjamin, «Behavioral Jurisprudence: The Quest for Knowledge about the Exante Function of Law and Behavior», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 22(1), 2019.

VAN ROOIJ, Benjamin, «Holistic Behavioral Jurisprudence: Unpacking the Complexity of Law and Behavior», *Jerusalem Review of Legal Studies*, 28(1), 2023.

VAN ROOIJ, Benjamin/ FINE, Adam, *The Behavioral Code: the Hidden Ways the Law Makes Us Better or Wors*, Beacon Press, 2021.

VAN ROOIJ, Benjamin/KUIPER, Malouke esra/PIQUERO, Alex R., «How Legal Punishment Affects Crime: An Integrated Understanding of the Law’s Punitive Behavioral Mechanisms», *UC Irvine School of Law Research Paper Forthcoming*, 2024.

VAN ROOIJ, Benjamin/SOKOL, Daniel D. (EDS.), *The Cambridge handbook of compliance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021.

WALTERS, Glenn, «Are the criminogenic effects of incarceration mediated by a change in criminal thinking or a change in perceived certainty?», *The Prison Journal*, 101(1), 2021

Ana María Vicario Pérez
Universidad de Burgos

Proposición de prueba sin previa delimitación de hechos controvertidos: la incoherencia procesal del nuevo artículo 438 LEC

Sumario

La Ley 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, introduce una significativa novedad procesal al modificar el apartado 8 del artículo 438 LEC, estableciendo un plazo de cinco días para que las partes, tras la admisión de la demanda en juicio verbal, puedan proponer los medios de prueba que estimen necesarios en defensa de sus pretensiones. Este trabajo examina en profundidad las implicaciones de la reforma, poniendo de relieve la tensión que genera respecto al tradicional trámite de fijación de hechos controvertidos: de un lado, la anticipación de la fase probatoria compromete la eficacia de dicho trámite; de otro, se cuestiona la coherencia procesal de admitir prueba sin una previa delimitación clara de los extremos litigiosos.

Abstract

Law 1/2025, of January 2, on measures concerning the efficiency of the Public Justice Service, introduces a significant procedural innovation by amending paragraph 8 of Article 438 of the Spanish Civil Procedure Act (LEC). It establishes a five-day period during which, following the admission of the claim in summary proceedings, the parties may propose the evidence they deem necessary in support of their respective claims. This paper examines in depth the implications of the reform, highlighting the tension it generates in relation to the traditional stage of determining the disputed facts: on the one hand, the anticipation of the evidentiary phase undermines the effectiveness of that stage; on the other, the procedural coherence of admitting evidence without a prior delimitation of the issues in dispute is called into question.

Title: *Proposal for evidence without prior delimitation of disputed facts: the procedural inconsistency of the new Article 438 LEC*

Palabras clave: hechos controvertidos; proposición de la prueba; admisión de la prueba; juicio verbal; función delimitadora; función probatoria; artículo 438.8 LEC

Keywords: *Controversial facts; proposal of evidence; admission of evidence; oral proceedings; delimiting function; probative function; Article 438.8 LEC*

DOI: 10.31009/InDret.2026.i1.12

1.2026

Recepción

17/09/2025

-

Aceptación

22/10/2025

-

Índice

-

1. Introducción

2. *El hecho controvertido en el proceso civil*

2.1. Precisión terminológica ¿Qué es (o no es) «hecho»?

2.2. Hechos controvertidos vs. hechos pacíficos y notorios

3. *La determinación del hecho controvertido. Momento procesal legalmente previsto*

3.1. La función delimitadora de la audiencia previa en el juicio ordinario

3.2. La fijación del hecho controvertido en el juicio verbal

a. Regulación anterior a la LO 1/2025

b. Regulación posterior a la LO 1/2025

4. *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto de la proposición y admisión de prueba*

5. *Procedimiento y sujetos intervinientes en la fijación de los hechos controvertidos*

6. *A modo de reflexión final*

7. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) operada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (en adelante LO 1/2025)¹, se presenta como una de las reformas de mayor calado de la normativa procesal civil de los últimos tiempos. A la reestructuración de los órganos jurisdiccionales, con la supresión de los Juzgados y la creación de los Tribunales de Instancia, se unen novedades trascendentales como el requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda en que consisten los métodos adecuados de solución de conflictos, o la introducción de previsiones para la agilización de la tramitación de los procesos judiciales.

Precisamente en este último punto se incardina la renovación del juicio verbal, con aspectos tales como la posibilidad de que el órgano judicial pueda decidir, en función de las peticiones probatorias de las partes, que haya o no lugar al acto de la vista aun cuando así lo solicitan aquellas (artículo 438.10 LEC), o la facultad de dictar sentencias orales (artículo 447.1 LEC). Igualmente se modifica el trámite de admisión de la demanda y contestación inmediatamente anterior a la celebración de la vista, pasando a señalar el artículo 438.8 LEC que, una vez presentada la contestación a la demanda, así como, en su caso, la reconvencción o la alegación de crédito compensable, o bien transcurridos los plazos procesales establecidos al efecto, el Letrado de la Administración de Justicia dictará diligencia de ordenación mediante la cual se dispondrá dar traslado del escrito de contestación a la parte actora, concediendo además a ambas partes un plazo común de cinco días para que, dentro de dicho término, propongan los medios de prueba que estimen pertinentes en defensa de sus pretensiones. Con ello, se produce una alteración en el orden lógico tradicionalmente establecido respecto a las distintas fases o funciones preparatorias del acto del juicio, que en el ámbito del juicio oral se circunscriben a las finalidades conciliadora, saneadora, delimitadora y probatoria de la Audiencia Previa, pero que, como veremos, igualmente encuentran acomodo en el desarrollo del juicio verbal.

De esta suerte, en nuestro estudio se examinará cómo la nueva regulación introducida en el artículo 438.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la proposición de la prueba por las partes deba realizarse en un momento procesal anterior a la fijación de los hechos controvertidos, lo que implica una anticipación de la función probatoria respecto de su finalidad delimitadora.

A tal efecto, se partirá de un análisis preliminar, de carácter conceptual y sistemático, en torno a la noción de «hecho controvertido». Posteriormente, se abordará el examen del momento procesal previsto legalmente para su determinación, efectuando una comparación entre las previsiones normativas relativas a la audiencia previa del juicio ordinario y aquellas que rigen el juicio verbal, tanto en su configuración anterior como posterior a la reforma operada por la LO 1/2025.

Este recorrido servirá como base metodológica para ofrecer una respuesta a la cuestión relativa a la trascendencia que reviste la correcta y precisa fijación de los hechos controvertidos, tanto

* Autor/a de contacto: Ana María Vicario Pérez, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Procesal en la Universidad de Burgos (amvperez@ubu.es). El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación del Plan Estatal «Estado de Derecho, justicia sostenible y digitalización en el espacio judicial europeo: preguntas y respuestas» (PID2024-156567NB-I00).

¹ BOE nº. 3, de 3 de enero de 2025, BOE-A-2025-76.

en su condición de presupuesto indispensable para la proposición de los medios de prueba por las partes, como en su función de marco de referencia para la decisión judicial sobre la admisibilidad de dichos medios. ¿Tiene lógica procesal que la prueba se proponga cuando los extremos esenciales del litigio no han sido determinados? ¿En base a qué criterios de suficiencia para esclarecer los hechos controvertidos basará el órgano judicial su decisión de admisión de la prueba propuesta, si tales hechos no han sido fijados?

2. El hecho controvertido en el proceso civil

2.1. Precisión terminológica ¿Qué es (o no es) «hecho»?

Nuestro análisis debe partir necesariamente de una delimitación del concepto «hecho controvertido», diferenciándolo de otra terminología con la que puede llegar a ser confundido, con el fin de dotarlo de la entidad suficiente como para recalcar la importancia de su fijación en el curso del proceso.

Partiendo de una concepción eminentemente teleológica, podría afirmarse apriorísticamente que por «hecho controvertido» debe entenderse todo aquello que va a ser objeto de prueba. Sin embargo, descendiendo al plano de lo concreto, «hecho controvertido» y «objeto de la prueba» no son ni mucho menos conceptos intercambiables. Y más aún, en este entramado terminológico ha de aludirse también al «objeto del proceso», encontrándonos así con un trípode, que no un tronco unitario, sobre el que se asienta la posterior proposición, admisión y práctica de la prueba.

No pretendemos abordar los planteamientos dogmáticos habidos en torno a la noción del objeto del proceso, toda vez que ello excedería los límites del presente trabajo. Simplemente traeremos a colación las posiciones doctrinales consolidadas, a efectos de ofrecer una definición que nos permita delimitar los conceptos que nos ocupan.

Así, el objeto del proceso se concibe como la tutela jurisdiccional concreta solicitada por las partes, en tanto que la prueba son los sucesos o circunstancias alegadas por estas². En palabras de PRIETO CASTRO, se trata *«del tema que el peticionario de justicia o tutela jurídica somete al órgano jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción incoadora en la correspondiente demanda, para que dicho órgano lo haga cuestión a resolver en la sentencia»*³. En similar tónica argumental, para GIMENO SENDRA, el objeto del proceso *«no es otro sino la pretensión, la cual consiste en una declaración de voluntad, debidamente fundamentada, del actor que formaliza generalmente en el escrito de demanda y deduce ante el juez, pero que se dirige contra el demandado, en cuya virtud se solicita del órgano jurisdiccional una sentencia (...). Eventualmente, también puede integrar el objeto del proceso la contestación del demandado, cuando deduzca una reconvencción o excepciones a ellas asimiladas (...)*»⁴. E igualmente DE LA OLIVA SANTOS, quien sostiene que ha de entenderse por

² GARCIMARTIN MONTERO, R. *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, p. 27.

³ PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, Aranzadi, Pamplona, 1985, p. 421.

⁴ GIMENO SENDRA, V., «El objeto del proceso», en GIMENO SENDRA, V./DÍAZ MARTÍNEZ, M. /CALAZA LÓPEZ, S., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 171-189, esp. p. 171; en el mismo sentido, CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014, pp. 17 – 19.

pretensión a tales efectos «la acción y efecto de pretender y, más exactamente, de pretender una concreta tutela jurisdiccional, una sentencia con un determinado contenido»⁵.

Desde una perspectiva dogmática, RAMOS MÉNDEZ define el objeto del proceso como el contenido del pleito, esto es, como aquello sobre lo que necesariamente debe versar el mismo (*thema decidendum*) y que, por consiguiente, presenta un carácter puramente instrumental. Ello es consonante con el planteamiento más clásico, según el cual el objeto del proceso se ha identificado con el derecho material, esto es, con la situación fáctica preexistente al pleito y sobre la que este versa. El objeto del proceso se erige, desde este planteamiento, como la realidad sustantiva sobre la que se ocupará el desarrollo del litigio⁶. Ciertamente coincidente se muestra PREDAZ PENALVA, para quien nos encontramos ante «la actuación jurisdiccional de la ley que se desprende en el caso concreto»⁷.

Empero, desde el punto de visto práctico, la noción de objeto del proceso no puede ser estudiada con un criterio único sino en función del escenario en el que se presente: objeto del proceso para la identificación de cosa juzgada; para la determinación de la existencia o no de litispendencia; para la posible división de la continencia de la causa; para la posibilidad o no de acumulación de acciones; para el reparto de asuntos en la jurisdicción; etc. Para cada una de estas situaciones jurídicas, la concreción de los elementos del objeto⁸ del proceso exige observar el concepto desde diferentes prismas⁹. Ello no obstante, el núcleo esencial va a venir siempre marcado por la actividad de las partes, pues «la esencia del proceso es ser génesis del derecho y por lo tanto no puede tratar de objetivarse un contenido en él distinto del de la propia actividad procesal»¹⁰. Independientemente de cuál sea el aspecto del objeto del proceso que sirva de utilidad en la búsqueda de respuesta a las situaciones enunciadas, en todas ellas habrá un elemento común que no puede ser desatendido y que devendrá en fundamental, cual es lo alegado por las partes en los suplico de sus respectivos escritos de demanda y contestación (o más bien reconvencción de darse esta¹¹).

⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Pamplona, 2005, p. 28. El autor señala además la conveniencia de no confundir los términos de «acción» y de «pretensión», siendo la primera el derecho a solicitar el pronunciamiento de los órganos judiciales en el ejercicio de un derecho subjetivo y así obtener una tutela jurisdiccional; y la segunda la materialización de esa acción en el caso concreto. Así, «el objeto del proceso civil regido por el principio dispositivo está constituido por la acción o acciones afirmadas al formular la pretensión» (p. 29). También sobre esta diferenciación, LORCA NAVARRETE, A. M. *Conceptos básicos del Proceso Civil I. La pretensión procesal, las partes procesales, la disposición del objeto del proceso y la competencia procesal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2022, p. 62.

⁶ RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1990, pp. 396- 397.

⁷ PREDAZ PENALVA, E., «El objeto del proceso civil», en A.A.V.V., *El objeto del proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 13 – 48, esp. p. 28.

⁸ Se entiende por elementos del objeto del proceso el «personae petitum» (personas litigantes) y la «causa petendi» (título de pedir), PRIETO XASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, op. cit, pp. 426 – 427.

⁹ RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, op. cit. p. 402.

¹⁰ *Ibidem* p. 403.

¹¹ Debemos puntualizar que la fundamentación fáctica de la contestación a la demanda no obedece a criterios tan estrictos como acontece con la demanda. En efecto, el demandado puede adoptar una postura en la que se limite a negar los hechos que fundamentan la pretensión del demandante, de forma tal que su petición será simplemente la no condena. En estos casos, el demandado no contribuye a la configuración del objeto del proceso, que quedará únicamente condicionado por la pretensión incluida en el escrito de demanda, siendo la contestación una mera «contrapretensión». Se habla así de objeto «necesario» del proceso (pretensión del actor en la demanda) y de objeto «contingente o accesorio» del proceso (contrapretensión de la contestación). De este modo, solo cuando su oposición venga acompañada de hechos distintos a los afirmados en la demanda (excepciones materiales) y, más

Cuando el art. 399 LEC señala que en la demanda «se fijará con claridad y precisión lo que se pida», se está incluyendo por el legislador la referencia a lo que delimitará el pleito: el *petitum*, esto es, lo pedido por las partes. Volviendo a RAMOS MÉNDEZ, «El *petitum* se delimita por la necesaria referencia al derecho que se quiere hacer valer, o cuya génesis procesal se busca. (...) Es preciso que esa petición sea ejercicio de una acción jurídica. Ello está en correspondencia con los hechos alegados en la demanda bajo un determinado punto de vista jurídico»¹². En suma, el objeto del proceso se identifica con la pretensión (*petitum*) de las partes en el litigio (*personae*) debidamente sustentada en los hechos alegados y en la fundamentación jurídica¹³ aportada (*causa petendi*)¹⁴. El litigante que se limite a solicitar el accionamiento de la justicia aduciendo una situación fáctica no obtendrá tutela alguna ni aportará nada de entidad para incoar el proceso si no deja claros los límites de su objeto a través de la fijación de su pretensión¹⁵.

Se advierte por lo demás una prohibición de la «mutatio libelli», por cuanto que el objeto del proceso queda fijado con los escritos aportados de parte, sin posibilidad de modificación posterior¹⁶. Señala a estos efectos MONTERO AROCA que, junto a razones técnicas basadas en una ordenada tramitación del proceso, ello no obedece sino a una cuestión de seguridad jurídica fundamentada en el artículo 24 CE, toda vez que la variabilidad de las pretensiones en el

aún, cuando se haga uso de la reconvencción para la introducción de su propia pretensión, deberá realizarse por su parte un esfuerzo de fundamentación, contribuyendo ahora sí estas nuevas alegaciones a ampliar y perfilar el objeto del proceso. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, op. cit. pp. 32 – 37.

¹² RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, op. cit. p. 413.

¹³ Se plantea GIMENO SENDRA si tanto la fundamentación fáctica como la jurídica constituyen elementos fundamentales de la pretensión o si, por el contrario, esta queda fundamentada y amparada únicamente con los extremos fácticos alegados. Aboga el autor por la «teoría de la sustanciación», de forma tal que lo determinante en la delimitación de la pretensión y, por tanto, en la configuración del objeto del proceso, son los hechos empíricos, esto es, el «estado de las cosas» en el que el actor basa su petición. Ahora bien, esos acontecimientos reales deben ser entendidos como «conjunto de hechos jurídicos» o hechos a los que el ordenamiento sustantivo apareja una serie de efectos jurídicos instados en la pretensión. De esta suerte, no todos los hechos o acontecimientos mencionados en la demanda, ocurridos antes o fuera del proceso, forman parte del fundamento de la pretensión. Solo aquellos que pueden encuadrarse dentro de las normas sustantivas que otorgan los efectos jurídicos solicitados en la demanda constituyen la verdadera base fáctica del objeto directo de la pretensión. Así, «tan solo los hechos que, por su significación jurídica, constituyen el fundamento de la pretensión, integran el objeto del proceso, debiéndose distinguir el título jurídico del derecho subjetivo (que integra la «causa petendi» y se erige en un elemento esencial de la pretensión), de los argumentos jurídicos que los sustentan y que pueden ser secundados o no por el tribunal», GIMENO SENDRA, V., «El objeto del proceso», op. cit. pp. 176 – 177. En un sentido similar, para DE LA OLIVA SANTOS, solo lo que se conoce comúnmente como «el fondo» del asunto es lo que integra la pretensión y, así, el objeto del proceso, en DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, op. cit. p. 24.

¹⁴ ESPARZA LEIBAR, I., «El objeto del proceso de declaración», en GÓMEZ COLOMER, J. L. / BARONA VILAR, S. (coords.), *Proceso civil. Derecho procesal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 131 – 145, esp. p. 134, donde se señala, además, en relación con la pretensión, que esta es «una declaración de voluntad fundamentada, mediante la que se solicita una concreta tutela, que será consecuencia del devenir de los acontecimientos en el marco de las relaciones sociales, y que deberá ser perfectamente individualizada y descrita, con referencia a un conjunto fáctico preciso». Igualmente en MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J. «Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso: demanda, contestación, réplica, duplica, escrito de ampliación y conclusiones», en A.A.V.V., *El objeto del proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 147 – 220, esp. pp. 165 ss.

¹⁵ PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, op. cit. p. 424: «La acción (...) hoy no puede vivir, mostrando su virtualidad y poder, sino en tanto en cuanto vaya referida a un objeto (el que llamamos objeto mediato del proceso)».

¹⁶ Ello desde la perspectiva de la fundamentación fáctica comprendida en tales escritos, no así por cuanto se refiere a la calificación jurídica, respecto de la que rige la máxima *iura novit curia*, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 214; también sobre el particular TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 67 ss.

trascurso del proceso socavaría el principio de igualdad y colocaría a las partes en una entendible situación de indefensión¹⁷. No en vano, ambos escritos son inherentes y manifestadores del principio de aportación de parte que rige el proceso civil¹⁸. También desde la jurisprudencia es claro que el objeto del proceso queda concretado con la demanda y posterior reconvencción, en su caso. Puede aludirse sobre el particular a la STS de 20 de junio de 1981, por la que el pleito debe referirse a los extremos fácticos habidos en el momento de la interposición de los escritos, en los que se fijará «concreta y definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto del debate». De esta suerte, aun cuando no predica respecto de la demanda, contestación y/o demanda reconvenccional el antiguo brocardo *lapis angularis et fundamentum iudicii*, sí opera para con ellos un efecto preclusivo que impide la introducción de nuevas alegaciones con posterioridad¹⁹. Criterio jurisprudencial este que fue recogido en los artículos 400 y 405 LEC, de los que se desprende la interposición de los escritos como el momento procesal en el que alegar los hechos que resulten conocidos o puedan invocarse, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior²⁰. Ello con la salvedad de la previsión del artículo 286 LEC respecto de los hechos nuevos o de nueva noticia o con la posible ampliación de la demanda antes de su contestación ex art. 401 LEC.

De lo expuesto hasta el momento se extrae la lógica consecuencia de que el objeto del proceso determina el de la prueba, pues resulta evidente que lo alegado por las partes estará intrínsecamente vinculado con las pretensiones incorporadas en sus respectivos escritos procesales. El objeto de la prueba, por ende, se circunscribe siempre a un ámbito más restringido que el del objeto del proceso, habida cuenta de que lo necesitado de prueba ha de encontrarse siempre dentro de los límites de lo solicitado por demandante y demandado.

En efecto, no todo aquello que es objeto del proceso precisa ser probado. Lo alegado por las partes es susceptible de ser probado, pero esta posibilidad no implica necesidad. Es aquí donde surge la diferencia de conceptos entre «objeto de la prueba» y «necesidad de la prueba».

El objeto de la prueba se presenta como la aptitud del hecho señalado por una de las partes de ser probado en el proceso. Esta posibilidad depende de un presupuesto elemental: la posibilidad del hecho y la legalidad de la propia prueba. Verdaderamente, para que una circunstancia

¹⁷ MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 54.

¹⁸ Vid. en consonancia con ello el apartado VI de la Exposición de Motivos de la LEC, donde se vincula el proceso civil al principio de justicia rogada o principio dispositivo: «no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. (...) Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela». Es a las partes «a l(a)s que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso»; a estos efectos, señala MONTERO AROCA que «el deber que se impone al juzgador de resolver no lleva a legislador a dejarle en libertad para investigar los hechos, sino que esa actividad se configura de modo reglado (...)». En el proceso civil, continúa, «las partes tienen la facultad exclusiva de realizar las afirmaciones de hechos y el juzgador se limita a verificar la exactitud de esas afirmaciones (...)», en MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 42.

¹⁹ STS de 20 de junio de 1981, RJ 1981/2535, Considerando 2º.

²⁰ De la propia Exposición de Motivos de la LEC se vislumbra que tales preceptos fueron incluidos como respuesta a una problemática doctrinal y jurisprudencialmente planteada y que no encontraba suficiente respuesta en la LEC de 1881: «Se parte aquí de dos criterios inspiradores: por un lado, la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en un solo. Con estos criterios, que han de armonizarse con la plenitud de las garantías procesales, la presente Ley, entre otras disposiciones, establece una regla de preclusión de alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, ya conocida en nuestro Derecho y en otros ordenamientos jurídicos» (Apartado VIII).

manifestada puede ser verificada, su concurrencia ha de haber sido posible. A estos efectos, matiza GARCIMARTIN MONTERO, en opinión que compartimos, que no debe confundirse la imposibilidad del hecho objeto de la prueba con la imposibilidad del medio de prueba²¹. Esta última viene referida a la impracticabilidad de la prueba propuesta, con independencia de la naturaleza real o ficticia del hecho sobre el que verse (por ejemplo, no puede aportarse como prueba un documento que se ha quemado, por más que lo alegado y lo que se dice que constaba en el mismo tenga visos de verosimilitud); por su parte, sobre el hecho imposible sí es factible la práctica del medio de prueba propuesto, pero su resultado será ineficaz por no conducir a resultados aceptables que van en contra de las leyes de la física o de la lógica. En ambos casos, el resultado será el mismo: el órgano judicial no admitirá la prueba propuesta por su inutilidad.

Pues bien, si el objeto de prueba se corresponde con lo que se puede probar, la necesidad de prueba obedece a lo que debe probarse para que sean estimadas las peticiones comprendidas en los escritos de alegaciones²². Esto es, la necesidad de prueba queda restringida a un ámbito mucho más concreto, cual es la conveniencia o no, en el proceso específico de que se trate, de realizar un esfuerzo probatorio en función de las pretensiones de las partes. No en vano, el artículo 281 LEC establece que *«La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso»*.

Esta no necesidad de prueba puede obedecer a distintos motivos. Por un lado, ha de estarse a la relación que el hecho susceptible de ser probado guarda con la pretensión de la parte que lo alega, de forma tal que, de no apreciarse una intrínseca conexión o de considerarse que nada aportará al ámbito cognoscitivo del juzgador para la resolución del asunto, su prueba devendrá innecesaria. A ello se refiere el legislador en el artículo 283 LEC cuando determina la impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria en los casos en los que la prueba propuesta no guarde relación con lo que sea objeto del proceso.

Por otro lado, otro motivo que da lugar a la no necesidad de prueba se corresponde con los supuestos en los que, pese a encontrarnos con hechos vinculados a los *petitum* de demandante y demandado, no son susceptibles de controversia. Así, el artículo 281.3 LEC establece que *«Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes»*.

Es en este punto donde surge ya la noción de hecho controvertido, concebido como aquel alegado por las partes y, por lo tanto, susceptible de prueba pero que, en adición, está necesitado de ella.

La conceptualización del «hecho controvertido» entronca *de facto* con la amplitud de este término. En una reflexión temprana, podría ser considerado como tal todo aquello que, debiendo probarse en el proceso, no se corresponde con cuestiones de derecho. Surge así la necesaria diferenciación entre hecho y derecho o, más bien, entre cuestión de hecho y cuestión de derecho. Opta a estos efectos GARCIMARTIN MONTERO por poner el foco sobre a quién le corresponde la constatación de la cuestión de que se trate en el proceso. Así, en tanto que nos encontremos ante circunstancias que deben acreditarse por las partes, hablaremos de cuestión de hecho; mientras

²¹ GARCIMARTIN MONTERO, R. *El objeto de la prueba en el proceso civil*, op. cit. p. 65.

²² *Ibidem* p. 33. También ESPARZA LEIBAR, I., «El objeto del proceso de declaración», op. cit. p. 135; o CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Concepto y objeto de la prueba», en GONZÁLEZ CANO, M.I. (dir.) / ROMERO PPRADAS, M.I. (coord.), *La prueba. Tomo I. La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19 – 55, esp. p. 34, donde se señala que *«el objeto de la prueba no son sino las alegaciones que las partes hacen en sus escritos alegatorios, sobre cuya veracidad debemos convencer al juez»*.

que nos referiremos a cuestiones de derecho cuando su conocimiento se deje directamente en manos del órgano judicial de acuerdo con el brocado *da mihi factum dabo tibi ius*²³. Esta solución, que a priori podría utilizarse como criterio delimitador, queda vacía de contenido en la medida en que existen categorías de sucesos no encuadrables en uno u otro planteamiento (sea, a modo de ejemplo, el caso del derecho extranjero o de las normas consuetudinarias²⁴, sin duda cuestiones de derecho cuya prueba corre a cargo de la parte que lo alega en virtud del artículo 281.2 LEC²⁵). Sobre ello indica GIMENO SENDRA que no siempre será posible escindir los hechos de los fundamentos de derecho, recomendándose no obstante al órgano judicial la huida de la utilización de conceptos jurídicos que puedan predeterminar el fallo y, por ende, dar lugar a una siquiera aparente pérdida de imparcialidad objetiva²⁶. Para CORTÉS DOMÍNGUEZ, las alegaciones de las partes, en cuanto que afirmaciones, *«pueden ser lo mismo participaciones de conocimiento de hecho y de derecho, porque al juez le damos o tenemos que dar todos los materiales para que emita el juicio jurídico, siendo en ambos casos presupuestos fácticos o jurídicos de la pretensión que el demandante hace valer»*²⁷.

Similar problemática conceptual encontramos a la hora de tratar de concebir el hecho controvertido como la realidad material que ha de ser acreditada por las partes. Resultaría en extremo sencillo aseverar que los hechos controvertidos a los efectos que nos ocupan son las situaciones tangibles y pasadas sobre las que las partes no llegan a un punto en común de aceptación. Empero, nuevamente, esta categorización no da total cobertura a las diferencias circunstancias que deben probarse. ¿El ánimo malintencionado es un hecho? ¿Y el grado de conocimiento que una persona tiene acerca de las consecuencias dañosos de sus actos? Estos y otros elementos de necesario conocimiento por parte del órgano judicial para el dictado de sentencia, son factores importantes cuya concurrencia ha de probarse en el curso del proceso pero que, sin embargo, no encajan en la noción de hecho controvertido como situación fáctica por cuanto que no tienen entidad material²⁸. Puede señalarse a modo de ejemplo la STS 714/1993,

²³ GARCIMARTÍN MONTERO, R. *El objeto de la prueba en el proceso civil*, op. cit. p. 53.

²⁴ En general sobre la necesidad de prueba de esta normativa, MUÑOZ GONZÁLEZ, V./ PESQUEIRA CARO, M./ y PIÑEIRO VILAS, S., «La carga de la prueba de la costumbre», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 219 – 245, esp. pp. 234 ss.; FERRER CORTINES, O., «La carga de la prueba del derecho extranjero», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 247 – 274, esp. pp. 255 ss. Resulta por lo demás interesante la STS 287/2015, de 20 de mayo, ECLI:ES:TS:2015:3159, FJ 2º, conforme a la cual, *«Como consecuencia lógica de que los jueces españoles no tienen obligación de conocer el Derecho extranjero, se ha exigido históricamente la prueba del mismo, de forma que en este extremo el Derecho recibe un tratamiento similar al que reciben los hechos, pues debe ser objeto de alegación y prueba, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación»*. Esta necesidad de prueba no implica que el Derecho extranjero pase a tener la consideración de hecho, de forma tal que *«el tribunal no queda constreñido, como en la prueba de hechos en los litigios sobre derechos disponibles, a estar al resultado de las pruebas propuestas por las partes, sino que puede valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación»*.

²⁵ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Concepto y objeto de la prueba», op. cit. p. 37.

²⁶ GIMENO SENDRA, V., «La fijación de los hechos, segunda conciliación y sentencia inmediata», en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico. Tomo II. Volumen II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 294 – 301, esp. p. 295.

²⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Concepto y objeto de la prueba», op. cit. p. 35. Empero, no debe confundirse las alegaciones jurídicas o de derecho con los fundamentos legales, siendo estos últimos parte del contenido de la sentencia ex art. 209.3º LEC.

²⁸ Con carácter general, GARCÍA AMADO, J. A., «Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en Derecho», en GARCÍA AMADO, J. A. / BONORINO RAMÍREZ, P. (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Comares, Granada, 2014, pp. 43 – 81, esp. p. 44, donde se considera como «hecho» un acontecimiento o dato del mundo puramente objetivo (p. e. que X está muerto); un estado de cosas (p. e. que el sujeto S padece una cojera permanente); una acción humana como puro hecho fisiológico (p. e. que A conducía el coche C en el momento T); o un dato referido al psiquismo humano (p.e., que A odiaba a B). Igualmente ofrece una clasificación

de 6 de julio, en la cual se establece que la determinación de la concurrencia o no de buena fe es una cuestión de hecho: «la buena fe, como tal valoración de conductas que en cuanto al ejercicio de los derechos establece el artículo 7º es cuestión de hecho de la libre apreciación del juzgado de instancia, en cuanto a la existencia del sustento fáctico»²⁹; o también la STS 233/2009, 26 de marzo, donde se señala la naturaleza fáctica del dolo, al incidirse en la «exigencia de que la conducta dolosa sea probada inequívocamente, sin que a tales fines basten meras conjeturas o indicios (...). La apreciación de la existencia de hechos determinantes de vicios del consentimiento, dada su naturaleza de cuestión fáctica, es de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia, cuya conclusión probatoria ha de mantenerse invariable en casación, si la misma no resulta desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello»³⁰.

Con todo, en el presente trabajo, entendemos por cuestiones de hecho y, con carácter más concreto, por hechos controvertidos, todos aquellos sucesos, situaciones, circunstancias, experiencias o normas que deben ser probadas por las partes en el curso del proceso civil, resultándonos indiferente la naturaleza embrionaria, fáctica o jurídica, de cada uno de estos elementos³¹. Finalizamos, por su conveniencia con lo expuesto, con la definición brindada por BONET NAVARRO: «Los hechos son tanto conductas, comportamientos o sucesos como también las circunstancias o extremos determinados de estos compartimientos, sucesos o características reales de lugares o cosas. Podrán ser externos o internos (dolo, error...), e influyentes directa (por ser constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes) o indirectamente (por ser base de una presunción (...))»³².

2.2. Hechos controvertidos vs. hechos pacíficos y notorios

Los hechos susceptibles y necesitados de prueba serán aquellos sobre los que no exista conformidad entre las partes en cuanto a su concurrencia y características. Nos referimos, por ende, a los dados en llamar «hechos controvertidos», diferentes de aquellos a los que el propio legislador excluye de la obligación de prueba, cuales son los hechos pacíficos y los hechos notorios³³. Así el artículo 281.3 LEC determina que «Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes»; y el apartado 4 del mismo precepto, por el que «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general». Ello con la salvedad de los procesos especiales, respecto de los cuales, la conformidad sobre los hechos no

RIVERA MORALES, R., *La prueba: un análisis racional y práctico*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 47, donde se distinguen: i) hechos físicos que a su vez pueden ser independientes de la voluntad (estado de cosas; sucesos; o acciones involuntarias), dependientes de la voluntad (acciones positivas; omisiones); ii) hechos psicológicos (estados mentales, como voliciones, creencias o emociones; o acciones mentales).

²⁹ STS 714/1993, de 6 de julio, ECLI:ES:TS:1993:4954, FJ 7º.

³⁰ STS 233/2009, 26 de marzo, ECLI:ES:TS:2009:1548, FJ 2º.

³¹ Reproducimos en apoyo de tal aseveración el tenor literal de las palabras de PRIETO CASTRO: «Son principalmente objeto de prueba los hechos, tanto del mundo exterior como internos, con tal de que sean relevantes, es decir, de importancia para la resolución que persiga el sujeto aportante de la prueba, en cuanto que coincidan con el supuesto abstracto de la norma jurídica que pretenda que es aplicable y necesaria para que pueda recaer tal resolución», PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, op, cit. p. 621.

³² BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Ed. Difusión jurídica, Madrid, 2009, p. 112.

³³ PÉREZ GIL, J., «Fase de audiencia y/o vista: la prueba», en CALAZA LÓPEZ, S. / ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Ciencia abierta. Derecho procesal civil (I)*, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 355 – 390, esp. p. 356.

vinculará al órgano judicial, habida cuenta de que nos encontramos ante materias no dispositivas³⁴.

Surge de esta suerte la conveniencia de establecer las notas delimitadoras de unas y otras tipologías de hechos.

La existencia de hechos no controvertidos y la consiguiente no necesidad de prueba de los mismos, se presenta como una de las más claras manifestaciones del principio dispositivo en el proceso civil. En este, las partes tienen disposición sobre los intereses y derechos atinentes al objeto del proceso, lo cual se traslada a las alegaciones por ellas vertidas en sus escritos procesales. De esta suerte, recayendo sobre cada uno de los sujetos intervinientes la carga de negar los hechos aducidos de contrario, la inexistencia de esta negación, ya sea explícita o implícitamente³⁵, determinará su conformidad o acuerdo. Se plantea en este punto si esta conformidad implica una no necesidad de prueba o si, con carácter más restrictivo, cabe hablar de una verdadera prohibición de la misma. Se advierte a este respecto la diferente literalidad dada en los apartados 3 y 4 del artículo 281 LEC, reproducidos *ut supra*³⁶. Y es que, mientras en relación a los hechos pacíficos el legislador incluye la expresión «*están exentos de prueba*», lo que implica una suerte de prohibición³⁷, para con los hechos notorios se señala que «*no será necesario probar*», de lo que no se desprende sino una mera irrelevancia de la prueba a ellos referida³⁸.

Predica, por lo tanto, para los hechos no controvertidos, un impedimento cognoscitivo por del órgano judicial dimanante del poder de disposición de las partes. Con ello, el juzgador habrá de

³⁴ Art. 752.2 LEC: «La conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria».

³⁵ Explícitamente si, ante las alegaciones de una de las partes, la contraria asume una posición activa consistente en la admisión de los hechos relatados (plena conformidad de las partes); implícitamente si de contrario se opta por una posición pasiva, en la que no se asume la carga de negar los hechos alegados, dándose por lo tanto una falta de contradicción. Aprecia MONTERO AROCA una importante diferencia entre el régimen anterior (LEC de 1881) y el actual (LEC de 2000), en la medida en que, mientras en aquel primaba el procedimiento escrito, en este predomina el principio de oralidad. Habida cuenta de lo anterior, los artículos 405.2 y 407.2 LEC imponen a las partes la obligación de manifestarse de manera clara respecto de los hechos alegados por la parte contraria. Esta carga implica que la admisión o negación de tales hechos debe realizarse de forma expresa, pese a señalar el inciso segundo del art. 405.2 LEC que «*El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales*». Para el autor, en la medida en que no se señala que esa admisión tácita se produciría en la sentencia, la previsión del mencionado articulado se refiere meramente a la determinación de los hechos controvertidos a los efectos de concretar la materia sobre la que versará la prueba. Para tener por acreditados unos hechos en la resolución que pone fin al proceso, desde la entrada en vigor de la LEC de 2000, ya no se admiten negaciones genéricas de todos los hechos expuestos por la parte adversa, ni es posible permanecer en silencio frente a afirmaciones concretas, MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, op. cit. pp. 85 – 87. Se alude en adición a pronunciamientos jurisprudenciales como la STS 835/2011, de 17 de noviembre, ECLI:ES:TS:2011:8588, FJ 2º: «*A diferencia de lo que ocurría con la anterior LEC de 1881, ahora en la nueva LEC no se admite una actitud procesal meramente pasiva en el demandado, así con referencia al juicio ordinario, se impone al demandado en el artículo 405.2 la positiva obligación de negar o admitir los hechos aducidos por el actor*». En el mismo sentido, por todas, la SAP Islas Baleares 446/2002, de 19 de julio, FJ 2º.

³⁶ No en vano, como veremos, el art. 429.1 LEC condiciona, con respeto al juicio ordinario, la continuación de la Audiencia Previa a la no conformidad de las partes sobre los hechos.

³⁷ MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, op. cit. p. 82. Hace el autor una crítica al art. 281.3 LEC por su falta de taxatividad a la hora de prohibir la prueba de hechos admitidos, refiriendo como ejemplo el art. 60.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), donde se establece que «*Se recibirá el proceso a prueba cuando exista disconformidad en los hechos y éstos fueran de trascendencia, a juicio del órgano jurisdiccional, para la resolución del pleito*».

³⁸ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, op. cit. p. 216.

inadmitir la prueba propuesta que tenga por finalidad algún hecho sobre el que exista conformidad, fijándose en la sentencia que ponga fin al proceso en los términos acordados³⁹.

Tampoco será necesaria la prueba de los hechos notorios, entendidos tales como aquellos que son públicamente conocidos por su «*notoriedad absoluta y general*» (artículo 281.4 LEC)⁴⁰. La cuestión de la concurrencia de esta notoriedad ha sido abordada por la doctrina, exigiendo a este respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ que el hecho en cuestión alegado en el proceso sea conocido por el órgano judicial, resultando indiferente la afirmación de notoriedad de las partes o incluso la conformidad de estas respecto a tal conocimiento público. De esta suerte, la ignorancia por el juzgador de una circunstancia en apariencia notoria requerirá de una «prueba de notoriedad», la cual excluirá, de concurrir, la prueba de la existencia del hecho⁴¹. En sentido plenamente coincidente, CALAMANDREI identifica la condición de notoriedad con aquel acontecimiento que «*forma parte de la cultura media propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial, incluyendo al propio juez*»⁴². La exigencia legislativa de que la notoriedad sea «absoluta y general» no significa que la cuestión deba ser conocida por todo y en todo el mundo, distinguiendo el autor entre notoriedad universal, nacional, regional y local. De igual forma, tampoco se exige que el hecho sea conocido por toda la población del ámbito territorial de que se trate, sino que debe presumirse un conocimiento por parte de la ciudadanía con un grado de cultura medio. En este sentido, mientras que para parte de la doctrina ente la ciudadanía media ha de incardinarse irremediabilmente al juez o magistrado, por cuanto que solo si este conoce con certeza la circunstancia cabrá hablar en puridad de hecho notorio⁴³, para

³⁹ Matiza no obstante CORTÉS DOMÍNGUEZ que «la admisión no significa que el hecho quede probado, sino simplemente que queda fijo en la sentencia, en virtud de los poderes que se les conceden a las partes de disponer del objeto del proceso (...). El hecho no controvertido se fija en la sentencia sin labor o función crítica del juez; al contrario que el hecho perjudicial declarado por la parte (art. 316) que se tiene por cierto, tras la valoración por el juez con los criterios legales de valoración que le impone la norma citada», CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Concepto y objeto de la prueba», op. cit. p. 40. Resulta de interés la STS 588/2014, de 22 de octubre, ECLI:ES:TS:2014:4623, FJ 5º, en la cual se valora la «ficta confessio» como una facultad del órgano judicial que busca impedir que una de las partes se vea beneficiada por la aplicación de las reglas sobre la carga de la prueba, cuando la falta de demostración de ciertos hechos sea consecuencia de su actitud obstruccionista. Para ello, se recurre a la ficción jurídica de considerar tácitamente admitidos dichos hechos por la parte que, habiendo sido citada, no compareció al interrogatorio. En este segundo caso, por lo tanto, nos hallamos ante un medio de prueba, lo que implica que no se ha dado una admisión de los hechos, sino que estos se mantienen como controvertidos, pero habiendo recaído sobre ellos la práctica del interrogatorio, la pasividad de la parte interrogada deriva en la apreciación de un reconocimiento implícito de aquellos.

⁴⁰ Por todas, la STC 47/2004, de 25 de marzo, ECLI:ES:TC:2004:47.

⁴¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Concepto y objeto de la prueba*, op. cit. pp. 41 – 42. El autor señala, por lo demás, la necesidad de que los hechos notorios, pese a ser sobradamente conocidos por el órgano judicial, sean alegados por la parte que pretende hacerlos valer. En la misma postura se posiciona MONTERO AROCA, para quien el principio de aportación de parte, inherente al proceso civil, no debe hacerse decaer por la circunstancia de que el hecho sea notorio, pues de lo contrario podría ponerse en claro riesgo el principio de contradicción, MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, op. cit. p. 93. Discrepan así de la tradicional posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional en resoluciones como la STC 59/1986, de 19 de mayo, ECLI:ES:TC:1986:59, por la cual, el hecho notorio se integra en el proceso sin necesidad de ser alegado. Esta sentencia, sin embargo, parece más bien referida a los hechos notorios no alegados como motivo principal de la petición de la parte, sino como un mero hecho accesorio: «no hay incorrección en la posibilidad de que el Juez pueda tener en cuenta de oficio el hecho notorio. Pero si esto es fácilmente admisible en cuanto a hechos o circunstancias cualitativamente complementarias respecto del derecho o interés discutido, puede ser más discutible si el hecho pudiera afectar al fundamento mismo, básico, de la demanda o pretensión» (FJ 5º).

⁴² CALAMANDREI, P. *Estudios sobre proceso civil* (traducción de S. Sentís Melendo), Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, p. 204.

⁴³ MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, op. cit. pp. 90 – 91.

otro sector resulta suficiente con que pueda procurarse tal conocimiento a través de medios informativos o divulgativos⁴⁴.

En cualquier caso, difieren los hechos notorios de los hechos favorecidos por una presunción, en la medida en que estos últimos, pese a no ser tampoco necesitados de prueba (artículo 385.1 LEC), no parten del potencial conocimiento público de una casuística determinada, sino de la existencia de una suposición de veracidad en virtud de ley. Hablamos así de presunciones legales, conforme a las cuales, el ordenamiento jurídico concibe como cierto un hecho (hecho presumido) en la medida en que puedan acreditarse por la parte la confluencia de ciertas coyunturas que actúan como antecedente lógico (hecho presunto) legalmente establecido⁴⁵. La prueba, por tanto, de los hechos presuntos, excluye la de los hechos presumidos⁴⁶.

Finalizamos pues el epígrafe regresando a la pregunta de la que el mismo trae causa: ¿cómo se define el hecho controvertido? A la luz de lo expuesto, puede entenderse por hecho controvertido la parte del objeto de la prueba que, necesitado de ella por la inexistencia de notoriedad, presunción o de conformidad entre las partes, ha sido alegada por estas como inherente a la *causa petendi* del objeto del proceso.

3. La determinación del hecho controvertido. Momento procesal legalmente previsto

3.1. La función delimitadora de la audiencia previa en el juicio ordinario

La audiencia previa tiene como finalidad principal la depuración y organización del proceso con miras a la celebración del juicio oral, o bien, su evitación cuando este resulte innecesario. Dicha innecesariedad puede derivarse de dos supuestos jurídicos: (i) cuando concurra una causa que impida el examen del fondo del asunto (ya sea por razones procesales o por la inexistencia de presupuestos de procedibilidad); o (ii) cuando, aun siendo viable el análisis del fondo, la controversia verse exclusivamente sobre cuestiones de derecho, sin que medie disputa relativa a hechos relevantes⁴⁷. En consecuencia, mientras que la fase de juicio no constituye un elemento

⁴⁴ Diferenciando el hecho notorio (cuando el órgano judicial tiene conocimiento por el carácter público de la cuestión) del conocimiento privado del juez SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Obra Procesal Tomo V*, Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2023, pp. 2887 – 2996, donde se recoge la publicación del autor «De las presunciones», ALBADALEJO, M. (coord.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XVI, Vol. II*, EDESA, Madrid, 1991, pp. 606- 696.

⁴⁵ MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, op. cit. p. 97. Señala el autor que no es necesaria la alegación de parte de la norma jurídica en la que se fundamenta la presunción, por cuanto rige la máxima *iura novit curia*.

⁴⁶ Por todas, la STS 2201/1994, de 15 de diciembre, FJ 5º: «La prueba pretende hacer conocido un hecho desconocido, pero siempre están exonerados de prueba los hechos notorios, debiendo entenderse por tales los hechos conocidos que forman parte de la cultura de un grupo social determinado y no obstante su relatividad, los hechos notorios son por propia definición conocidos, por ello están exonerados de la *necessitas probandi*».

⁴⁷ De entre la profusa bibliografía y sin ánimo de incluir un listado en exceso farragoso, nos limitamos a señalar, como referencia en el estudio de las características de la audiencia previa y que se utilizará a lo largo del epígrafe, FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000*, Civitas, Madrid, 2000; BANACLOCHE PALAO, J. «Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio», en DE LA OLIVA SANTOS, A. (coord.), *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 283 – 344; ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «La audiencia previa al juicio», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.), *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000. Vol. II*, Global Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pp. 127 – 170; ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Audiencia Previa*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010; BANACLOCHE PALAO, J./ GASCÓN INCHAUSTI, F./ GUITÉRREZ BERLINCHES, A. / VALLINES GARCÍA, E., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al*

imprescindible dentro del proceso civil ordinario, la audiencia previa reviste carácter obligatorio e ineludible. La apertura a juicio únicamente procederá cuando resulte necesaria la práctica de prueba para la adecuada resolución de la controversia, es decir, cuando existan hechos controvertidos que deban ser acreditados a través de medios probatorios.

Con ello, la audiencia previa se presenta en el desarrollo del juicio ordinario con cuatro finalidades esenciales: incentivar el alcance de un acuerdo entre las partes que ponga fin al proceso (función conciliadora); depurar las excepciones procesales que puedan obstaculizar un posterior conocimiento de fondo por el órgano judicial (función saneadora); fijar los extremos del debate (función delimitadora); y proposición de prueba por las partes para su admisión o inadmisión por el órgano judicial (función probatoria)⁴⁸.

En lo que a nuestro objeto de estudio interesa y, por ende, centrándonos en la función delimitadora, la determinación del momento procesal en que corresponde tener lugar la fijación de los hechos controvertidos no es baladí. No en vano, la pertinencia y utilidad de la posterior práctica probatoria quedará ya condicionada, de forma tal que solo se admitirá la prueba que, propuesta en tiempo y forma, guarde estricta relación con el hecho objeto de debate⁴⁹. De este modo, la función delimitadora de la audiencia previa se manifiesta a través de un conjunto de actuaciones procesales orientadas al cumplimiento de dos finalidades diferenciadas: por un lado, verificar la existencia de una controversia de carácter fáctico que justifique la necesidad de celebrar el juicio oral, en atención a la eventual pertinencia de la actividad probatoria; por otro lado, precisar el objeto procesal del juicio, entendiéndose por tal el marco dentro del cual se desarrollará la actividad probatoria y se articularán las conclusiones de las partes, delimitando el ámbito de cognición del órgano jurisdiccional⁵⁰.

La función delimitadora de la audiencia previa se activa, por consiguiente, una vez superado un primer intento de conciliación entre las partes y resueltas las eventuales excepciones procesales que hayan sido formuladas. A continuación, se habilita un segundo intento de avenencia con el

juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Aranzadi, Cizur Menor, 2009; ORTEGO PÉREZ, F., *La audiencia previa del juicio ordinario*, Atelier, Madrid, 2024.

⁴⁸ Así el art. 414.1 LEC en su párrafo segundo: «La audiencia tendrá por objeto intentar que las partes puedan alcanzar un acuerdo o transacción que ponga fin al proceso, examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto, fijar con precisión dicho objeto y los extremos, de hecho o de derecho, sobre los que exista controversia entre las partes y, en su caso, proponer y admitir la prueba». Se refiere FAIRÉN GUILLÉN a estas fases como el «programa de la audiencia previa», FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000*, op. cit. p. 59. Sobre las mismas, con carácter general, DÍAZ MARTÍNEZ, M., «La audiencia previa», con GIMENO SENDRA, V. / CALAZA LÓPEZ, S., en *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 339 – 354, esp. pp. 343 ss.

⁴⁹ ABEL LLUCH, X., «La función de proposición y admisión de prueba en la audiencia previa», *Estudios de Deusto* 2013, Vol.61/1, pp. 13 – 38, esp. p. 17; del mismo autor, «La función delimitadora de la audiencia previa», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 2013, Vol. 25/1, pp. 1 – 22; y también «Luces y sombras del art. 428.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: un análisis etiológico», *Diario La Ley* 2014, n° 8310, pp. 9 – 17; RIBÓN SEISDEDOS, A., «Fases de audiencia del procedimiento ordinario y vista del procedimiento verbal», en CALAZA LÓPEZ, S. / ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Ciencia abierta. Derecho procesal civil (I)*, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 355 – 390, esp. p. 336; ORTEGO PÉREZ, F., *La audiencia previa del juicio ordinario*, op. cit. pp. 127 ss.

⁵⁰ GARNICA MARTÍN, J. F., «La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa», *Economist & Jurist* 2009, n° 134, pp. 50 – 57, esp. p. 52, quien señala por lo demás que «No puede negarse, por consiguiente, el importante papel que tiene la función delimitadora dentro del proceso, en el sentido de que es una formidable herramienta de organización de su contenido, de depuración de aquellos potenciales contenidos que no resulten precisos, en suma, de maximización de los esfuerzos, de economía de los trámites, algo nada desdeñable y que constituye un principio fundamental de organización del proceso».

fin de precisar y eventualmente resolver el conflicto (*thema probandi*). De este modo, el legislador establece una secuencia lógica que parte de la verificación preliminar de la viabilidad de una transacción entre las partes litigantes —a efectos de evitar una actividad jurisdiccional innecesaria si existiese acuerdo previo a la apertura del debate sobre el fondo—; continúa con la depuración de la litis, a través de la resolución de cuestiones procesales que pudieran impedir el conocimiento del fondo del asunto; prosigue con la delimitación precisa de los puntos controvertidos; y culmina en un segundo intento de conciliación, ahora con base en la definición concreta del objeto litigioso. Finalmente, en ausencia de acuerdo y ante la inevitable confrontación procesal, se procede a la fase probatoria, la cual deberá ceñirse exclusivamente a los hechos controvertidos previamente delimitados.

Baste con remitirnos a la regulación prevista a tales efectos en los artículos 426 a 429 LEC. Permite en primer lugar el artículo 426 LEC la posibilidad de realizar alegaciones complementarias y aclaratorias, de oficio o a instancia de parte, alegar hechos nuevos o de nueva noticia y presentar documentación al respecto (documentos y dictámenes periciales). Cabe destacar que, en opinión de BANACLOCHE PALAO, la fijación de los hechos controvertidos en la audiencia previa obedece a la posibilidad de que en esta misma fase del proceso se introduzcan nuevos hechos complementarios⁵¹. Por su parte, en segundo término, el artículo 427 LEC se refiere al posicionamiento de las partes sobre los documentos.

Tal vez sea el artículo 428 LEC el máximo exponente de la función delimitadora en su subfunción concretora. El mismo viene referido a esta fijación de hechos en lo que resulta una secuencia cuanto menos conveniente, toda vez que la posible conformidad respecto de los hechos en la audiencia previa dará lugar al dictado de sentencia por quedar la cuestión reducida a aspectos puramente jurídicos; procediendo en cambio el señalamiento para la celebración de la vista en caso contrario, esto es, de precisarse una práctica probatoria tendente al esclarecimiento de los hechos alegados y discutidos por las partes⁵². Así, el artículo 429 LEC, referente ya a la función probatoria, circunscribe la proposición y admisión de prueba a la inexistencia de acuerdo entre las partes para poner fin al litigio o para concretar los hechos discutidos. De esta suerte, realmente nos encontramos ante un segundo momento en el proceso permitido por el legislador para esta concreción. El primero se correspondería con la contestación a la demanda, pues es en tal punto cuando se conocen las alegaciones de las partes y, por lo tanto, cuando podrían saberse los hechos sobre los que existe disconformidad. Es por ello, señala el autor, que el artículo 428.1 LEC comienza con la expresión «en su caso», de forma que solo si de los escritos de las partes se desprende disconformidad (por la incorporación de excepciones materiales en la contestación), o si se ha hecho uso de la posibilidad de introducir alegaciones y hechos complementarios, será necesario que en la audiencia previa se recurra a la función delimitadora⁵³. Por su parte, DE

⁵¹ BANACLOCHE PALAO, J. «Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio», op. cit. p. 314 – 315.

⁵² Se plantea en este punto DE MIRANDA VÁZQUEZ si tal vez el legislador no haya pecado de parquedad en la redacción del art. 428.1 LEC al referirse meramente a la fijación de los hechos controvertidos, guardando sin embargo silencio en cuanto a la concreción de aquellos hechos notorios sobre los que, por ende, no será necesaria la práctica probatoria. Incide especialmente el autor en la conveniencia de que en la audiencia previa quede concretado qué hecho viene revestido de notoriedad, evitando que la cuestión quede relegada a la fase de sentencia, cuando la parte alegadora ya no podrá hacer esfuerzo probatorio alguno, DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa del juicio ordinario», *Foro Nueva Época* 2017, Vol.20, nº2, pp. 141 – 171, esp. pp. 148 – 149.

⁵³ BANACLOCHE PALAO, J. «Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio», op. cit. p. 314 – 315. En el mismo sentido, BARONA VILAR, S., «Artículo 428. Fijación de los hechos controvertidos y posible sentencia inmediata», en ESCRIBANO MORA, F. (coord.), *El proceso civil. Volumen IV. Libro II: artículos 387 a 447 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 3200 – 3211, esp. p. 3201.

MIRANDA VÁZQUEZ habla de una concreción tácita y paulatina a lo largo de las sucesivas alegaciones de las partes por medio de sus escritos que resulta del juego natural de la dialéctica procesal ex artículos 399 y 405 LEC; y de un trámite procesal específico y puntual regulado en el art. 428 LEC y en el que, «*más exactamente que una actividad de delimitación, lo que tiene lugar es la manifestación expresa de las afirmaciones de hecho que resultan pacíficas y las que han sido controvertidas. (...) Lo que sucede al llegar al artículo 428 LEC es que se sublima el resultado de ese ejercicio dialéctico, implícito, de intercambio de posiciones fácticas y de las correspondientes reacciones de admisión, negación y contra-afirmación*»⁵⁴. No compartimos este segundo posicionamiento. En nuestra consideración, y en consonancia con lo expuesto en el apartado segundo del presente trabajo, las alegaciones efectuadas por las partes en sus respectivos escritos procesales dan como resultado a la determinación del objeto del proceso, no así a los hechos controvertidos, cuyo alcance es mucho más restringido. Las peticiones y contrapeticiones de actor y demandado permiten esbozar los límites generales y, si se permite, abstractos, por los que transcurrirá el pleito; pero la individualización de los hechos necesarios de prueba (hechos controvertidos) requiere de un esfuerzo adicional tanto de las partes como del órgano judicial con base en la necesaria inadmisión de cuanta práctica probatoria propuesta resulte impertinente o inútil.

Nos mostramos, con todo, partidarios de la clasificación doctrinal de la función delimitadora en subfunciones. Siguiendo el análisis efectuado por ALONSO-CUEVILLAS SAYROL⁵⁵, se distinguen dentro de la función delimitadora cuatro subfunciones: dialéctica, aclaratoria, transformadora y concretora. La subfunción dialéctica se configura como la posibilidad procesal de replicar o contradecir el contenido de la contestación a la demanda, permitiendo así el cierre del debate en la fase de la audiencia previa. Por su parte, la subfunción aclaratoria faculta al órgano jurisdiccional, de oficio o a instancia de parte, para requerir precisiones o aclaraciones que permitan perfilar con exactitud las posiciones procesales asumidas por cada uno de los litigantes. La subfunción transformadora, habilita a las partes para introducir rectificaciones respecto de elementos accesorios de sus pretensiones o, en determinados supuestos, para plantear nuevas alegaciones, siempre que se respete el límite jurisprudencialmente establecido relativo a la prohibición de alteración sustancial del objeto del litigio. Finalmente, la subfunción concretora —eje del presente análisis— cumple la finalidad de delimitar, en una primera fase, el *thema decidendi*, esto es, el conjunto de cuestiones relevantes para la resolución del litigio, tal como han sido planteadas en los respectivos escritos de alegaciones. En una segunda fase, ya dentro de dicho marco, permite identificar el *thema probandi*, es decir, los hechos controvertidos que resultan pertinentes y necesarios de probar, al haber sido objeto de efectiva oposición entre las partes. Recuérdese que el hecho controvertido no es sino la parte del objeto del proceso necesitada de prueba⁵⁶.

Y es que, la concreción de los hechos controvertidos en esta subfunción concretora en el trámite procesal de la audiencia previa obedece al principio de economía procesal, expresado aquí en la voluntad del legislador de racionalizar la actividad probatoria, evitando su desarrollo cuando no

⁵⁴ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., *Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil*, op. cit. p. 69 – 71; del mismo autor, «La fase dialéctica de la audiencia previa», *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 2020, nº 1, pp. 413 – 455, esp. pp. 416 – 422; y también en «La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa del juicio ordinario», op. cit. pp. 143 – 144.

⁵⁵ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «La audiencia previa al juicio», op. cit. pp. 162 – 167.

⁵⁶ Vid. *supra* 2.1.

resulte estrictamente necesario para la resolución del litigio⁵⁷. En efecto, el pronunciamiento de las partes en la audiencia previa respecto de los hechos alegados no constituye una actuación superflua, en la medida en que resulta esencial para determinar la necesidad de actividad probatoria sobre los mismos. No puede perderse de vista que, con carácter previo a dicha comparecencia, ya se ha producido la contestación a la demanda, lo que puede haber implicado la introducción de hechos nuevos por parte del demandado, especialmente aquellos que fundamentan excepciones de carácter material, sobre los cuales el actor no ha tenido aún oportunidad de pronunciarse. Asimismo, durante esta fase procesal pueden haberse formulado alegaciones complementarias que hayan tenido por objeto ampliar, matizar, modificar o rectificar los planteamientos fácticos inicialmente sostenidos por las partes. Todo ello puede dar lugar a una aproximación de las posiciones procesales, de forma que ahora las partes se muestren dispuestas a admitir hechos inicialmente controvertidos.

3.2. La fijación del hecho controvertido en el juicio verbal

a. Regulación anterior a la LO 1/2025

La inexistencia de la fase de la audiencia previa en el ámbito del juicio verbal conduce la búsqueda de las funciones preparatorias del acto del juicio en otro momento procesal, cual es el comienzo de la propia vista. En efecto, no se ha previsto por el legislador, en el procedimiento que ahora nos ocupa, un trámite procesal específico en el que confluyan específicamente las funciones saneadora, conciliadora, delimitadora y de prueba. Sin embargo, la concurrencia de las mismas, siquiera con una intensidad menor que en el procedimiento ordinario, se antoja de igual importancia para la correcta tramitación del acto de la vista principal.

En la legislación vigente hasta la promulgación de la LO 1/2025, el apartado octavo del artículo 438 LEC se limitaba a indicar que el demandado, al evacuar traslado de la demanda mediante su escrito de contestación, deberá manifestarse de manera expresa respecto a la procedencia de la celebración de la vista. Por su parte, el actor deberá pronunciarse al respecto dentro del plazo de tres días contados a partir del traslado de dicho escrito. En caso de que ninguna de las partes inste la celebración de la vista y el órgano jurisdiccional no estime necesaria su realización, se dictará sentencia sin necesidad de ulterior trámite. Siendo suficiente con que cualquiera de las partes solicite la celebración del juicio oral, el artículo 443 LEC señalaba que «*Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas*». Se infiere del precepto transcrito la función conciliadora que, inherente al desarrollo de la audiencia previa en el procedimiento ordinario, ocupa aquí un lugar destacado en cuanto que primer trámite a abordar en la celebración de la vista del juicio verbal, de manera que si las partes manifiestan haber alcanzado un acuerdo o expresan su voluntad de concluirlo de forma inmediata, podrán optar por desistir del proceso o interesar del órgano jurisdiccional la homologación judicial del acuerdo alcanzado⁵⁸.

A la función saneadora se refería también el artículo 443 LEC en su apartado segundo, implantando como trámite inmediatamente posterior al intento de solución del conflicto la resolución por el órgano judicial de las cuestiones de índole procesal que pudieran impedir un

⁵⁷ BANACLOCHE PALAO, J. «Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio», op. cit. p. 315.

⁵⁸ Trámite introducido en virtud de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 239, de 6 de octubre de 2015, BOE-A-2015-10727).

pronunciamiento de fondo⁵⁹. Sin una regulación ni mucho menos pormenorizada, se daba una remisión genérica a los artículos 416 y siguientes LEC⁶⁰.

En fin, igualmente parca era la regulación concerniente a las funciones delimitadora y de prueba, ocupándose de ellas el apartado tercero del mismo artículo 443 LEC, conforme al cual, si no se hubieren planteado cuestiones procesales o si, habiéndose suscitado, el tribunal hubiese resuelto la prosecución del acto, se concederá el uso de la palabra a las partes para que formulen las aclaraciones que estimen pertinentes y delimiten los hechos sobre los que exista controversia. En caso de no existir conformidad sobre la totalidad de los mismos, las partes procederán a la proposición de prueba, practicándose a continuación aquellas que resulten admitidas, remitiéndose para ello al artículo 429.1 LEC.

Puede atenderse en este procedimiento a la distinción efectuada para con el proceso ordinario en relación a la función delimitadora, donde hemos aludido a la diferenciación doctrinal entre las subfunciones dialéctica, aclaratoria, transformadora y concretora. La subfunción dialéctica debe entenderse recogida para con el juicio verbal en el apartado primero del artículo 437 LEC y de los ordinales uno a siete del artículo 438 LEC, toda vez que se infiere una remisión al régimen jurídico general de la demanda, contestación y eventual reconvencción y respuesta a la misma del juicio ordinario. En consecuencia, resulta indudable la aplicabilidad de la obligación procesal que incumbe a la parte actora en cuanto a la exposición de los hechos, conforme a lo establecido en el artículo 399 LEC. De igual manera, debe observarse la exigencia impuesta por el artículo 405.2 LEC, según la cual corresponde al demandado pronunciarse de manera individualizada y detallada respecto de cada una de las afirmaciones fácticas formuladas por la parte actora en su escrito de demanda.

En este contexto, DE MIRANDA VÁZQUEZ plantea la cuestión relativa a la procedencia de efectuar alegaciones fácticas de forma oral en el acto del juicio verbal, interrogante que guarda analogía con la posibilidad procesal reconocida en el juicio ordinario ex artículo 426 LEC, en el que la función delimitadora del proceso admite una réplica o contradicción al contenido de la contestación a la demanda, permitiendo así clausurar el hecho controvertido en la fase preparatoria de la vista. En su consideración, si las funciones de la audiencia previa quedan embebidas en el juicio verbal en el propio acto de la vista, resultaría cuanto menos acertado afirmar que la dialéctica se encuentra entre las que tienen lugar en la misma. Ahora bien, en opinión del citado autor, ha de apreciarse que el artículo 443 LEC no contiene remisión explícita alguna al artículo 426 LEC, ni tampoco tácita, como sí parece acontecer en los artículos 437 y 438 LEC para el caso de la demanda y la contestación. Incide, en adición, en que *«Si continuamos con el ejercicio de buscar paralelismos, es más que posible establecerlo entre el primer apartado del mencionado artículo 443 LEC y el artículo 415 LEC, relativo a la función conciliadora de la audiencia previa. En cuanto al apartado segundo del artículo 443 LEC todavía es más clara la vinculación,*

⁵⁹ AAVV, «Artículo 443. Desarrollo de la vista», en MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 2163 – 2180, esp. p. 2169.

⁶⁰ Sobre el tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal, GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., «El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal», con BANACLOCHE PALAO, J./ GASCÓN INCHAUSTI, F. / VALLINES GARCÍA, E., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 447 – 506, esp. pp. 451 – 498. Asevera el autor que, en atención al elevado grado de concentración que caracteriza las actuaciones del juicio verbal, el legislador no ha contemplado, entre sus trámites ordinarios, actuaciones específicas para la articulación de incidencias procesales. Con carácter general, cabe afirmar que las cuestiones procesales que se susciten, ya sea de oficio o a instancia de parte, en el marco del juicio verbal, son resueltas por el órgano jurisdiccional al inicio de la vista.

porque sí efectúa una remisión expresa a los artículos 416 a 425 LEC en relación con el tratamiento de las excepciones procesales que pudieran ser objeto de alegación. Ahora bien, al llegar al apartado tercero, la cuestión se complica sobremedida. Una lectura totalmente apegada a la literalidad del texto invita a pensar que en la vista del juicio verbal solo cabe efectuar, como alegaciones de carácter oral, “aclaraciones”. Por lo tanto, ni cabrían alegaciones complementarias, ni tampoco manifestaciones de tipo rectificativo»⁶¹.

Con base en lo anterior, la presencia de la subfunción aclaratoria es fácilmente constatable, no así la subfunción transformadora, la cual hemos visto permite introducir ajustes accesorios o nuevas alegaciones siempre que no se vulnere la prohibición jurisprudencial de alterar sustancialmente el objeto del litigio. Prosiguiendo con el análisis de DE MIRANDA VÁZQUEZ, carece de sentido que la posibilidad aclaratoria sí que quepa en la audiencia previa del juicio ordinario y no en el juicio verbal, sin que existe para ello razón justificativa aparente, máxime cuando tan determinante y necesario puede resultar el acto procesal de «aclarar» como el de «rectificar», en la medida en que ambos contribuyen a la depuración y precisión del objeto litigioso⁶². Con anterioridad a la modificación de la LEC por la Ley 42/2015, se señalaba por parte de un sector doctrinal la innecesariedad de prever una ratificación de las alegaciones del demandado en el acto del juicio, toda vez que la contestación oral se llevaba a cabo en el propio acto de este y, por ende, ya implicaba de por sí la introducción de cuantas alegaciones estimase por oportunas. En cambio, sí se defendía para con el actor la conveniencia de permitirle efectuar las aclaraciones y rectificaciones pertinentes en traslación del artículo 426 LEC. Pues bien, con la introducción de la contestación escrita en el juicio verbal, consideramos que el argumento utilizado con anterioridad para el demandante debe ser extendido al demandado. Aducimos en apoyo de esta hipótesis la SAP Madrid 505/2017, de 16 de junio, según la cual «el art. 426 LEC, aplicable (al juicio verbal) en virtud de lo dispuesto en los arts. 443.3 y 753.1 LEC, permite rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos, a la vista de los hechos nuevos que se hayan producido, teniendo en cuenta que ha de garantizarse el ejercicio del derecho de defensa en condiciones de igualdad»⁶³.

Por último, la subfunción concretora consistente en la determinación del hecho controvertido encuentra cobertura en el juicio verbal anterior a la LO 1/2025 en el mismo apartado tercero del artículo 443 LEC, donde sí se contiene una alusión expresa a la finalidad de «fijar los hechos sobre los que exista contradicción»⁶⁴.

⁶¹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil, op. cit. pp. 213 – 214.

⁶² AAVV, «Artículo 443. Desarrollo de la vista», op. cit. pp. 2175; DAMIÁN MORENO, J., *Tomo II. Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, colección de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V. (coords.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 142. En sentido contrario se sigue manifestando GARBÉRÍ LLOBREGAT, para quien la expresión del artículo 443.3 LEC «realizar aclaraciones», «debe entenderse en sentido literal, es decir, como la intervención de las partes en la vista oral tendente estrictamente a esclarecer o complementar alguna de las alegaciones contenidas en sus respectivos escritos de demanda y contestación. (...) Por “aclaraciones” no cabe entender en ningún caso la aportación en la vista oral de alegaciones nuevas que las partes, voluntaria o negligentemente (que a estos efectos carece de relevancia), no hubieran incorporado a sus iniciales escritos de demanda y de contestación a la demanda», GARBÉRÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos declarativos ordinarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2024, pp. 593 – 594.

⁶³ SAP Madrid 505/2017, de 16 de junio, ECLI:ES:APM:2017:8830, FJ ° 3.

⁶⁴ PÉREZ BORRAT, M. L., «El juicio verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil. Tomo II. Juicio verbal y recursos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 37 – 467, esp. pp. 440 – 441.

En suma, a la luz de lo expuesto, puede afirmarse que la tramitación progresiva de las funciones preparatorias en el juicio verbal, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2025, reproducía el mismo esquema secuencial previsto para la audiencia previa en el juicio ordinario. La proposición y admisión o inadmisión de la prueba seguía, por ende, la previa determinación de los concretos hechos en torno los que, no existiendo acuerdo entre las partes, habría de girar el litigio⁶⁵.

La inexistencia de una fase específica obedece a la naturaleza del procedimiento del juicio verbal. Verdaderamente este ha sido configurado como un procedimiento de tramitación ágil, ya sea para el conocimiento de asuntos de menor complejidad y escasa cuantía, o bien para aquellos que, aun revestidos de cierta complejidad, exigen una respuesta jurisdiccional expedita. Dicha finalidad justifica su sencillez procedimental, la cual se manifiesta, entre otros aspectos, en la máxima concentración de las actuaciones procesales⁶⁶. En tal sentido, desde sus orígenes se previó que tanto las cuestiones procesales como las de fondo fueran sustanciadas en unidad de acto durante la celebración de la vista⁶⁷.

Este modelo procedimental, caracterizado por su simplicidad y concentración, puede dar lugar a ciertas disfunciones, derivadas de la exigencia de que ambas partes comparezcan al acto con la totalidad del material probatorio del que pretendan hacerse valer. Por consiguiente, no resulta descartable que, a la vista de las alegaciones formuladas o de las pruebas propuestas por la contraparte durante la vista, alguna de las partes se vea en la necesidad de solicitar la práctica de una prueba cuya pertinencia no había anticipado y, por ende, no había preparado con anterioridad. Por añadidura, la concentración de trámites de examen procesal y de fondo en el mismo acto origina una problemática no menos trascendente, cual es la situación que se genera al inicio del acto del juicio cuando las excepciones procesales alegadas impiden la continuación del proceso. O con similares consecuencias, la incomparecencia de alguno de los testigos citados y la consiguiente suspensión del acto o la irrelevancia de la celebración del acto del juicio aun cuando las partes lo hubieran solicitado por no aportarse más prueba que la documental. No en vano, estas circunstancias han constituido una de las observaciones críticas más recurrentes por parte de los operadores jurídicos en relación con la praxis forense. En efecto, la eventual suspensión de la continuación del proceso el mismo día señalado para la celebración del juicio oral ha generado, en no pocas ocasiones, situaciones operativamente complejas. Tal es el caso de la concurrencia de un número considerable de comparecientes (entre ellos, otros testigos citados por las partes, testigos-peritos y peritos) que desconocían hasta ese preciso momento la repentina innecesariedad de su presencia, generando disfunciones logísticas y una prescindible ocupación de recursos personales y materiales⁶⁸.

⁶⁵ MONTERO AROCA, J. / FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 841 – 842.

⁶⁶ GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., «El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal», op. cit. p. 447; CABEZAS GARCÍA, J. J., *El juicio verbal*, Civitas, Madrid, 2002, p. 77.

⁶⁷ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., *Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil*, op. cit. pp. 211 – 212.

⁶⁸ Situación que pudiera considerarse parcialmente abordada por medio del Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban las medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo (BOE nº 303, de 20 de diciembre de 2023, BOE-A-2023-25758), con la previsión de la comparecencia a través de medios telemáticos. Así con carácter genérico, el art. 137 bis LEC en su apartado segundo: «*Los y las profesionales, así como las partes, peritos y testigos que deban intervenir en cualquier actuación por videoconferencia lo harán desde la oficina judicial correspondiente al partido judicial de su domicilio o lugar de trabajo*».

b. *Regulación posterior a la LO 1/2025*

En una búsqueda de soluciones a los problemas planteados podemos encontrar la justificación al nuevo trámite incorporado, con la LO 1/2025, al apartado octavo del artículo 438 LEC, que queda redactado en los siguientes términos: «*Contestada la demanda y, en su caso, la reconvención o el crédito compensable, o transcurridos los plazos correspondientes, el Letrado o la Letrada de la Administración de Justicia dictará diligencia de ordenación acordando dar traslado del escrito de contestación a la parte demandante y concediendo a ambas partes el plazo común de cinco días a fin de que propongan la prueba que quieran practicar, debiendo, igualmente, indicar las personas que, por no poder presentar ellas mismas, han de ser citadas por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos, a cuyo fin facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación. En el mismo plazo de cinco días podrán las partes pedir respuestas escritas a cargo de personas jurídicas o entidades públicas, por los trámites establecidos en el artículo 381. En el supuesto que alguna de las partes hubiera anunciado la presentación de una prueba pericial conforme al artículo 337.1, dicho plazo de cinco días empezará a contar desde que se tenga por aportado el referido dictamen o haya transcurrido el plazo para su presentación*». De esta forma, la principal novedad radica en la obligatoriedad de que la proposición de la prueba se haga por escrito en el plazo de cinco días concedido a las partes tras la contestación a la demanda o, en su caso, reconvención y alegaciones a esta. Junto con ello, deberán indicar las personas cuya comparecencia en calidad de testigo o de perito quiera hacerse valer, así como la petición de respuestas escritas a los representantes de personas jurídicas públicas o privadas, trámites que en la regulación anterior acontecían una vez señalada la vista. De esta manera pretende asegurarse una anterior citación de las personas llamadas a comparecer de cara a reducir el riesgo de suspensión de la vista.

Se añaden dos apartados más al artículo 438 LEC, y así: «9. *En los tres días siguientes al traslado del escrito de proposición de prueba, las partes podrán, en su caso, presentar las impugnaciones a las que se refieren los artículos 280, 283, 287 y 427*»; «10. *Transcurrido el plazo señalado en el apartado anterior, el tribunal resolverá por auto sobre la impugnación de la cuantía del pleito de haberse producido, sobre las excepciones procesales planteadas, sobre la admisión de la prueba propuesta y sobre la pertinencia de la celebración de vista, acordando, en caso de no considerarla necesaria, que queden los autos conclusos para dictar sentencia*». A la luz de este último apartado, también tendrá lugar en el trámite del artículo 438.8 LEC la depuración de las excepciones procesales, que el demandado habrá alegado en la contestación a la demanda y sobre las que el actor habrá dispuesto de un plazo de cinco días para realizar las alegaciones escritas oportunas⁶⁹. Además, se faculta al órgano judicial a decidir sobre la celebración de la vista con independencia de la petición realizada por las partes⁷⁰. Nos encontramos ante lo que supone una clara afectación a la

⁶⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., Derecho procesal civil, materiales para el estudio. 7ª edición (adaptada a la LO 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia), disponible en <https://docta.ucm.es/entities/publication/36e41b5d-caa3-4e7e-94d4-448a2dc15855> (último acceso: 16 de julio de 2025); RAYÓN BALLESTEROS, M. C., «El nuevo marco normativo de la Ley Orgánica 1/2025 para un Servicio de Justicia Eficiente y Accesible, con especial referencia a la reforma procesal y organizativa», Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo 2025, nº 26, pp. 14 – 37, esp. pp. 27 – 28.

⁷⁰ Vid. sobre el particular la Exposición de Motivos, apartado V, de la LO 1/2025: «se introduce la posibilidad de que el juez o la jueza, a la vista de las peticiones en materia de prueba de las partes, pueda decidir que no haya lugar a la celebración del acto de la vista aun cuando las partes la hayan solicitado. La actual regulación obliga a que este acto se convoque cuando cualquiera de las partes lo solicite, extremo que ha determinado la celebración de multitud de vistas innecesarias para la resolución del pleito, siendo suficiente para ello la prueba documental presentada con el escrito de demanda y contestación. De esta forma, es el juez o la jueza quien, con base en la valoración que realice de las actuaciones, determine si es necesaria o no la celebración de dicho acto para dictar

oralidad hasta entonces imperante, derivada tanto de la realización por escrito de los trámites de proposición de prueba y de alegaciones a las excepciones procesales aducidas por el demandado, como por las mayores posibilidades de no celebración del juicio oral⁷¹. En efecto, la celebración de la vista pierde su carácter de trámite potestativo para las partes o preceptivo para el órgano jurisdiccional en caso de solicitud conjunta, para configurarse como un trámite procesal de naturaleza excepcional, quedando supeditada a la concurrencia de los presupuestos procesales expresamente establecidos en el segundo párrafo del nuevo apartado 10 del artículo 438 LEC⁷².

Es claro, a la luz de lo expuesto, que las funciones saneadora y de prueba tradicionalmente atribuidas en el juicio verbal al propio acto de la vista se adelantan en el tiempo, teniendo ahora lugar en un momento procesal anterior a la celebración del mismo. El hecho de que las excepciones procesales sean resueltas en un momento anterior no nos suscita cuestionamiento alguno, pues puede resultar eficiente la resolución de las cuestiones obstativas de un pronunciamiento sobre el fondo con carácter previo al señalamiento de la vista y la citación de los sujetos intervinientes. Ahora bien, mayores dudas dogmáticas arroja la alteración secuencial entre las funciones delimitadora y probatoria.

Y es que las restantes funciones preparatorias (conciliadora y delimitadora), por su parte, continúan insertas en el propio acto del juicio oral, al que sigue dedicándose el artículo 443 LEC el cual, tras propiciar la resolución consensuada del conflicto, establece en su apartado tercero que *«Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción»*⁷³.

Cabe plantearse cuál es el efecto de dicha fijación en relación con la actividad probatoria. En particular, surge la duda de qué ocurre cuando se ha admitido prueba respecto de un extremo

sentencia, evitándose así un retraso injustificado en la resolución de los pleitos». Además, VALLESPÍN PÉREZ, D., *El juicio verbal tras su reforma por la Ley Orgánica 1/2025 de medidas de eficiencia del servicio público de justicia*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 41; VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El nuevo juicio verbal», en BANACLOCHE PALAO, J. / GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia Nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, Aranzadi, Madrid, 2025, pp. 367 – 422, esp. p. 392.

⁷¹ La introducción de trámites por escrito puede contrarrestar la pretendida «agilización» de la justicia que justifica, según la Exposición de Motivos de la LO 1/2025, la reforma acometida.

⁷² ORTEGA ATIENZA, R., «Novedades del juicio verbal tras la reforma de la LO 1/2025: la nueva «fase intermedia», el desarrollo de la vista y la sentencia in voce. Problemas prácticos y posibles soluciones», *Diario la Ley* 2025, n° 10713, 24 de abril de 2025, disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2025/04/29/novedades-del-juicio-verbal-tras-la-reforma-de-la-lo-1-2025-la-nueva-fase-intermedia-el-desarrollo-de-la-vista-y-la-sentencia-in-voce-problemas-practicos-y-posibles-soluciones> (último acceso: 25 de julio de 2025).

⁷³ Con esta redacción, por lo demás, no queda resuelta la duda existente en la regulación anterior con respecto a si las partes están legitimadas para formular alegaciones de carácter complementario, accesorio o aclaratorio, al amparo de lo previsto en el artículo 426 LEC, o para introducir hechos nuevos o de nueva noticia en el escrito de impugnaciones a la prueba propuesta a que se refiere el artículo 438.9 LEC. En dicho escrito, las partes pueden controvertir los medios de prueba propuestos por la contraparte, aduciendo su impertinencia, inutilidad o ilicitud, por no guardar relación con los hechos objeto del litigio, conforme a lo dispuesto en el artículo 283 LEC. Ahora bien, de la interpretación sistemática de los apartados 8 y 9 del artículo 438 LEC, puede inferirse que tal escrito de impugnaciones no habilita a las partes para introducir hechos nuevos, esto es, de nueva noticia, ni para articular alegaciones complementarias o aclaratorias. Este tipo de manifestaciones procesales únicamente podrían efectuarse, en su caso, en el acto de la vista, si esta llegara a celebrarse, PÉREZ VEGA, A., «La justicia no ganará en eficiencia prescindiendo de la celebración de vista: del acoso al derribo de la fase oral del juicio verbal por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», *Diario la Ley* 2025, n° 10656, 3 de febrero de 2025, disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAhMLQ3MjE7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAnyQMSCAAAAA=WKE> (último acceso: 16 de julio de 2025).

que, tras la fase de fijación, las partes ya no estiman controvertido. ¿Debe considerarse, entonces, que dicha prueba ha devenido superflua o carente de objeto? ¿Debe ser practicada igualmente, o puede ser objeto de exclusión por falta de relevancia? Del mismo modo, cabría cuestionarse si una vez delimitados los hechos controvertidos, las partes están facultadas para proponer prueba adicional relativa a alguno de ellos, en el supuesto de que la prueba inicialmente admitida no guarde una relación directa o suficiente con dichos extremos. Estas cuestiones, que inciden directamente en el derecho a la prueba y en los principios de contradicción y defensa, habrán de valorarse conforme al principio de efectividad del proceso, de la finalidad de la prueba en orden a la acreditación de los hechos controvertidos, así como del poder de dirección del proceso que ostenta el órgano jurisdiccional.

4. La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto de la proposición y admisión de prueba

Como venimos argumentando, la fijación de los hechos controvertidos constituye un requisito procesal esencial para la adecuada estructuración del juicio oral, tanto en el seno de la audiencia previa del procedimiento ordinario como en la nueva fase preliminar del juicio verbal. La conexión entre la facultad judicial de delimitación de los hechos controvertidos y la fase de admisión de la prueba resulta manifiesta. En primer lugar, por su ubicación sistemática dentro del iter procesal, pues aquella se sitúa inmediatamente antes del trámite de admisión; y en segundo lugar, por su estrecha vinculación material, en la medida en que su objeto se proyecta precisamente sobre los elementos que habrán de ser objeto de la actividad probatoria. Dicha delimitación comprende dos aspectos diferenciados, aunque complementarios: (i) la determinación de los hechos controvertidos que subsisten tras la fase de alegaciones y que requieren prueba para su acreditación; y (ii) la concreción de los documentos incorporados a las actuaciones que, no habiendo sido reconocidos por la parte contraria o cuya autenticidad haya sido impugnada, deban ser objeto de valoración probatoria o requerir prueba adicional sobre su autenticidad o eficacia.

Surge en este contexto una justificada duda, en el marco del juicio ordinario, referente a la localización estructural del artículo 428 LEC con respecto al artículo 427 LEC, habida cuenta de que este último faculta la impugnación por las partes de documentos y dictámenes presentados de contrario, trámite procesal este que debiera ser realizado una vez fijados los extremos de la controversia⁷⁴. Misma circunstancia acontece en el ámbito del juicio verbal, donde de la remisión al artículo 427 LEC por el artículo 438.9 LEC se colige igualmente que esta impugnación ocurrirá antes de la fijación de los hechos controvertidos, referidos, como hemos tenido ocasión de señalar *ut supra*, en el artículo 443.3 LEC en el acto del juicio oral.

Resulta a estos efectos más adecuado, desde una perspectiva tanto procesal como económica, que en primer término se proceda a la fijación de los hechos controvertidos y necesarios de prueba y que, solo posteriormente, se emita pronunciamiento acerca de la admisión de los documentos aportados. Tal secuencia se justifica en la medida en que podrían existir hechos que, al considerarse pacíficos o no controvertidos por las partes, no requieran prueba alguna, ni siquiera de carácter documental. Debe recordarse que los artículos 399, 405 y 437 LEC imponen a las partes la carga de acompañar a sus respectivos escritos de demanda y contestación los

⁷⁴ Ello tanto en el marco del juicio ordinario, en el que se incardina el art. 427 LEC, como en el ámbito del juicio verbal, habida cuenta la remisión a tal precepto por el art. 438.9.

documentos en que sustenten sus alegaciones de hecho. De ahí que pueda suceder que ciertos documentos aportados inicialmente en apoyo de hechos controvertidos pierdan su virtualidad probatoria como consecuencia de la posterior admisión expresa o tácita de dichos hechos por la parte adversa⁷⁵. En tal supuesto, si bien el documento en cuestión permanece incorporado a los autos, su utilidad probatoria queda neutralizada, al haber perdido objeto por el carácter pacífico del hecho al que iba referido⁷⁶. Nuevamente, se pone de relieve la conveniencia de depurar previamente los hechos controvertidos antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de las pruebas.

Con todo, a partir de esta delimitación, los profesionales de la abogacía pueden replantear su estrategia procesal, prescindiendo de aquellos medios de prueba inicialmente previstos pero cuya proposición deviene innecesaria ante la constatación de hechos pacíficos, admitidos o no controvertidos. Esta facultad reviste especial trascendencia en procedimientos con una elevada complejidad fáctica, donde el acuerdo parcial sobre los hechos entre las partes permite depurar el objeto litigioso y reducir la actividad probatoria a lo estrictamente discutido y relevante. Por consiguiente, resulta ciertamente aconsejable que, una vez llevada a cabo la fijación de los hechos controvertidos, se conceda a los representantes procesales al menos un breve espacio de tiempo para adaptar su minuta probatoria, suprimiendo aquellas diligencias de prueba que hayan perdido justificación a la luz de la nueva delimitación del debate⁷⁷.

Sin embargo, es frecuente observar que algunos letrados, ya sea por inercia práctica, por desconocimiento del alcance procesal de la fijación de hechos, o incluso por una estrategia excesivamente cautelosa, persisten en la proposición de medios probatorios relativos a hechos que no son objeto de controversia entre las partes⁷⁸. Dicha actuación, aunque comprensible desde una perspectiva prudencial, entra en contradicción con la lógica del proceso oral moderno, centrado en la economía procesal y la depuración del debate litigioso. Ante tal circunstancia, por ende, el juez debe proceder a la inadmisión motivada de aquellas pruebas que tengan por finalidad hechos no controvertidos, dejando constancia expresa de que su objeto no guarda relación con el *thema decidendi*⁷⁹. La resolución que deniegue su admisión será susceptible de recurso de reposición, de conformidad con los artículos 285.2 y 438.10 LEC.

En definitiva, si no se ha realizado una adecuada depuración de la controversia, el órgano jurisdiccional se ve abocado a una situación de incertidumbre material que dificulta, cuando no imposibilita, la emisión de un juicio fundado sobre la admisibilidad de los medios probatorios

⁷⁵ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., *Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil*, op. cit. pp. 174 – 175.

⁷⁶ Incluso cabría sostener lo mismo en aquellos supuestos en los que, habiéndose impugnado la autenticidad de un documento, ninguna de las partes interesadas hubiera solicitado prueba tendente a acreditar o desvirtuar dicha autenticidad. En tales circunstancias, y en ausencia de actividad probatoria dirigida a esclarecer la veracidad o falsedad del documento cuestionado, debe entenderse que el acto de juicio carecería de objeto útil respecto de dicho extremo. Por tanto, desde una óptica de racionalización del proceso y conforme al principio de celeridad procesal, no procedería convocar la vista oral, GARNICA MARTÍN, J. F., «La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa», op. cit. p. 55.

⁷⁷ URIARTE CODÓN, A., «La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba», en ABELLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 75 – 104, esp. p. 80.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 80.

⁷⁹ FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., «Aspectos controvertidos de la prueba testifical civil: fijación de hechos, valor de las declaraciones escritas y efectos del desistimiento», *Revista General de Derecho Procesal* nº 63, 2024, pp. 1 – 17, esp. pp. 3 – 6.

propuestos por las partes. Esta indefinición procesal puede conducir, por un lado, a una admisión indiscriminada y acrítica de todos los medios de prueba, lo que desnaturaliza la función de control judicial sobre la pertinencia, utilidad y necesidad de los mismos y vacía de contenido el juicio de admisibilidad⁸⁰.

Ciertamente, los parámetros que rigen la admisión de los medios probatorios se estructuran en torno a los principios de pertinencia y utilidad. Estos criterios se encuentran expresamente positivizados en el artículo 283 LEC, bajo la rúbrica de «*impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria*»⁸¹. Por impertinencia hemos de entender la falta absoluta de relación entre el hecho cuya prueba se propone y el objeto del proceso que, como hemos examinado *ut supra*, viene determinado por las pretensiones de las partes⁸². En cuanto a la irrelevancia, el objeto de la prueba, a su vez, recordemos, delimitado por el objeto del proceso, se referirá a los hechos que, alegados por las partes en apoyo de sus peticiones, resulten pertinentes a efectos de su valoración por el órgano judicial⁸³.

Debe atenderse, no obstante, a la máxima «*in dubio pro probatione*», por la que se interpretan de forma restrictiva las exigencias de inadmisibilidad fijadas en el art. 283 LEC. De este modo, una vez fijados los hechos controvertidos, las dudas respecto a la pertinencia o utilidad de la prueba propuesta por alguna de las partes debería ser resuelta en sentido positivo. Ello no operará automáticamente, sino que la concreción de los hechos ha de haber sido clara, no han de concurrir dudas en cuanto a la admisibilidad de la prueba propuesta (por tratarse claramente de prueba ilícita o referente a hechos notorios o respecto de los cuales hay conformidad) y la duda en cuanto a los criterios de pertinencia y utilidad ha de ser razonable⁸⁴. Señala sobre el particular la STC 30/1986, de 20 de febrero que «*Este derecho fundamental (a utilizar los medios de prueba pertinentes), inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las normas procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho,*

⁸⁰ GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P., «Los juicios de admisibilidad y de suficiencia de la prueba propuesta: extensión y límites al amparo de la doctrina de los tribunales», *Revista General de Derecho Procesal* nº 46, 2018, pp. 1 – 52, esp. pp. 15 y 16: «*El control de admisibilidad de la prueba se ha de materializar fundamentalmente en la decisión del órgano jurisdiccional acerca de la pertinencia y utilidad de su práctica. Para ello (...), el tribunal examina, no solo la actividad o medio de prueba en sentido estricto propuesto por el litigante, sino también el hecho que se busca constatar a través de ella y el instrumento que se introduce como portador de la posible información probatoria*». Se alude, además, a la STS 60/2007, de 26 de marzo, ECLI:ES:TC:2007:60, FJ 5º: «*el hecho de que la admisión de la práctica de la prueba quede a la valoración del Tribunal no significa que tal práctica pueda denegarse sin más cuando la ley la autoriza; la denegación de la práctica de la prueba, en otras palabras, deberá fundarse en una causa legal*»; así como a la SAP Valencia 102/2009, de 28 de abril, ECLI:ES:APV:2009:1823, FJ 2ª: «*Cuestión diferente es el rechazo de la práctica totalidad de pruebas propuestas por la parte demandante que no se funda en los criterios fijados en la Ley Enjuiciamiento Civil (artículo 283) sino en la intención y finalidad de no celebrar el acto del juicio que deja a la parte demandante indefensa al no poder utilizar los medios de prueba que el ordenamiento pone a su disposición y además le priva, pues en el caso presente está dispuesto legalmente, del derecho a la doble instancia*».

⁸¹ ABEL LLUCH, X., «La función de proposición y admisión de prueba en la audiencia previa», op. cit. p. 21.

⁸² ASENSIO MELLADO, J. M., «Artículo 283. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria», en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico. Tomo II. Volumen I (arts. 248 a 386)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 778 – 797, esp. p. 781. Desde la jurisprudencia, es ejemplificativa la STS 7902/1996, de 8 de marzo, ECLI:ES:TS:1996:7902 FJ 2º, por la cual, se habla de falta de pertinencia cuando «*no se ha justificado la dualidad perseguida con la práctica de la prueba ni la incidencia que pueda tener en la resolución del pleito*».

⁸³ *Ibidem* pp. 782 – 783. Siguiendo la misma STS 7902/1996, de 8 de marzo, se habla de inutilidad de la prueba cuando «*no se conecta con hecho alguno determinante de la decisión del litigio*».

⁸⁴ ABEL LLUCH, X., «La función de proposición y admisión de prueba en la audiencia previa», op. cit. p. 19.

sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación»⁸⁵. Así pues, la existencia de duda en el juzgador respecto del cumplimiento de los presupuestos legales de admisibilidad del medio probatorio ofrecido se configura únicamente cuando los hechos a los que dicho medio se refiere han sido previamente establecidos como controvertidos, lo que no ocurre desde un inicio con aquellos hechos que no han sido objeto de fijación como tales⁸⁶. En estrecha relación, se indica en la STS 550/2012, de 27 de septiembre, que cuando subsisten hechos controvertidos que no han sido suficientemente esclarecidos, la inadmisión de la prueba propuesta para su verificación constituye una infracción del artículo 428.3 LEC. Tal decisión puede lesionar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 CE, dando lugar, en su caso, a la nulidad de actuaciones y a la retroacción del procedimiento al trámite de audiencia previa, con el objeto de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa y el principio de contradicción⁸⁷.

La proposición de los medios probatorios constituye tanto un derecho facultativo como una carga procesal atribuida a las partes; en cambio, la valoración sobre su admisibilidad se erige en una obligación propia del órgano jurisdiccional. Sobre la dialéctica partes-juez en cuanto a la proposición y admisión de la prueba, resulta relevante la STC 116/1997, de 23 de junio: *«desde una perspectiva formal, el litigante tiene la carga, en su acepción procesal, de explicar razonadamente no solo la conexión de cada prueba con el objeto procesal sino su importancia para la decisión del pleito, en cuyo doble aspecto reside la pertinencia, por venir a propósito y concernir a lo que está en tela de juicio. Una exigencia simétrica impone al juzgador la obligación de razonar también, en su caso, la inadmisión o la impertinencia, sin cuya motivación tales decisiones podrían incurrir en arbitrariedad y, por tanto, quebrantar el derecho fundamental en cuestión»⁸⁸.*

En definitiva, no existe en el proceso un momento anterior a la audiencia previa o a la fase preliminar del artículo 438.8 LEC destinado al juicio de admisión de los medios de prueba. Este solo puede tener lugar una vez delimitados los hechos controvertidos. En tal sentido, debe evitarse la confusión entre, por un lado, el cumplimiento de cargas procesales (como la aportación de documentos y dictámenes periciales junto con los escritos de demanda o contestación, cuya omisión puede dar lugar a la correspondiente preclusión) y, por otro, el acto procesal de admisión probatoria, el cual presupone necesariamente la existencia y concreción de la controversia fáctica⁸⁹. El propio legislador parece plenamente consciente de esta aseveración en la medida en que el artículo 429.1 LEC supedita la proposición y admisión de la prueba a la inexistencia de conformidad sobre los hechos, de lo que no puede más que desprenderse la necesaria concreción previa de estos. En nuestro parecer carece de lógica, consecuentemente, que la modificación del juicio verbal por la LO 1/2025 haya alterado el orden de actuaciones de

⁸⁵ STC 30/1986, de 20 de febrero, ECLI:ES:TC:1986:30, FJ 8º.

⁸⁶ VELÁZQUEZ VIOQUE, D., «El juicio sobre la admisión de los medios de prueba», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 105 – 126, esp. pp. 118 – 119. Señala el autor que la existencia de duda debe quedar descartada en los casos de manifiesta inadmisibilidad de la prueba, evitándose convertir la máxima «in dubio pro probatione» en «un cajón de sastre que pudiera justificar la pereza o inaptitud en el juicio de admisión de pruebas, propiciando la admisión de todas las pruebas propuestas (especialmente cuando el juez detecta que las propuestas no son excesivas, en aplicación de un criterio meramente cuantitativo)».

⁸⁷ STS 550/2012, de 27 de septiembre, ECLI:ES:TS:2012:6083, FJ 4º.

⁸⁸ STC 116/1997, de 23 de junio, ECLI:ES:TC:1997:116, FJ 4º.

⁸⁹ BANACLOCHE PALAO, J. «Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio», op. cit. pp. 335 ss.

forma tal que la fijación de hechos controvertidos tenga lugar posteriormente a la proposición y admisión de prueba.

A ello cabe sumar la problemática derivada de aquellos casos en los que el órgano judicial considere innecesaria la celebración de la vista, que no queda ya condicionada a la voluntad de las partes, sino a la decisión del tribunal (artículo 438.10 LEC). Pues bien, si tras el trámite del artículo 438.8 LEC quedasen los autos conclusos para sentencia ¿sobre qué relación de hechos habrá de versarse si todavía no ha acontecido la determinación de los hechos controvertidos? En el juicio ordinario, es clara la argumentación doctrinal por la que, al dictar sentencia tras la conclusión de la audiencia previa, el relato fáctico de la misma se encontrará vinculado a los hechos sobre los que haya existido conformidad entre las partes⁹⁰.

Sí que parece solventado, sin embargo, el trámite concerniente al artículo 429.1 LEC en su párrafo tercero: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria»⁹¹. Trasladando esta casuística al escenario del nuevo juicio verbal, cabría en una reflexión temprana plantearse lo siguiente: ¿cómo podrá el órgano judicial realización una apreciación de la insuficiencia probatoria de los medios propuestos en base a unos hechos que no han sido todavía concretados? Ha de estarse en este sentido al artículo 443.4 LEC, por el que «La proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429». Ello tendrá lugar, por lo tanto, en un momento procesal posterior a la determinación de los hechos controvertidos según el artículo 443.3 LEC.

5. Procedimiento y sujetos intervinientes en la fijación de los hechos controvertidos

Expuesta la importancia del trámite de fijación de los hechos controvertidos y el momento procesal en el que habría de tener lugar en aras de su eficacia y efectividad, procede a continuación hacer un breve inciso final para abordar la cuestión del cómo y por quién tendrá lugar, en la práctica, esta determinación.

⁹⁰ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil, op. cit. pp. 173 – 174. El autor incide en que «solo la rigurosa realización del trámite de fijación de hechos pacíficos y controvertidos evita formarse una idea errónea sobre la inexistencia de quaestio facti». Igualmente se relaciona con la obligada congruencia de la sentencia, CAPILLA CASCO, A. y SÁNCHEZ-LOZANO VELASCO, J., «Patologías de la audiencia previa (I): aplicación del artículo 210 de la LEC y la recurribilidad de la admisión de prueba», *Economist & Jurist* 2014, disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/patologias-de-la-audiencia-previa-i-hechos-controvertidos-la-aplicacion-del-articulo-210-de-la-lec-y-la-recurribilidad-de-la-admision-de-prueba/> (último acceso: 24 de julio de 2025).

⁹¹ Precepto que sustituye la atribución de la carga de la prueba a las partes, sino que tiene por finalidad integrarla, tratándose de un mecanismo «para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa y con la posibilidad que sea un juez distinto el que dicte sentencia, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos, todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429», SAP Baleares 190/2005, de 3 de mayo, ECLI:ES:APIB:2005:624, FJ 2º. Habla ABEL LLUCH de una «sugerencia probatoria» por parte del tribunal, ABEL LLUCH, A., «Normativa art. 429.I, II y III LEC. Su consideración como deber o facultad judicial», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La audiencia previa*, J.M. Bosch, Barcelona, pp. 2010, pp. 359 – 370, esp. p. 359.

Del tenor literal de la LEC⁹², y desde una interpretación estricta del principio dispositivo que rige el proceso civil, se desprende que corresponde primordialmente a las partes el impulso de la actividad dirigida a la fijación de los hechos controvertidos. En este marco, se configura una intervención activa y principal de los litigantes en la determinación del objeto del proceso⁹³, quedando reservado al órgano jurisdiccional un rol de carácter subsidiario, auxiliar o complementario. No obstante lo anterior, la praxis forense evidencia que no se sigue de forma estricta el modelo que, en apariencia, se desprende de la literalidad de norma. En efecto, junto a la fórmula teóricamente principal consistente en la fijación de los hechos controvertidos por las partes con intervención meramente accesoria del juez, se observan en la práctica diversas modalidades operativas. Entre ellas cabe destacar, siguiendo de nuevo a URIARTE CODÓN la determinación de los hechos por el juez con el asentimiento expreso o tácito de las partes, corriéndose el riesgo de que *«un mero asentimiento de las partes respecto de los hechos fijados por el juez podría hacer perder de vista un matiz o aspecto importante en el conocimiento global que este último debe tener en cuenta para adoptar su decisión final»*; y la fijación como resultado de un debate contradictorio entre las partes, dirigido por el juez en el ejercicio de sus funciones de ordenación del proceso pero sin mayor intervención, el cual presenta la desventaja de que el trámite pueda *«excederse de la mera fijación de hechos y convertirse en un nuevo trámite aprovechado por los litigantes para reproducir sus argumentos»*⁹⁴. A caballo entre estas posibilidades, en nuestra opinión, el desarrollo de este trámite debe partir de lo legalmente formulado, de forma tal que la intervención de las partes sea activa a la hora de dejar asentadas sus posiciones en la aceptación o no de los hechos como pacíficos⁹⁵, pero en todo caso acompañadas de una competente dirección por el tribunal que, tras un estudio en profundidad de los escritos procesales, conduzca las conversaciones por los cauces adecuados para la concreción más exhaustiva posible de lo que deberá ser objeto de prueba, impidiendo que el intercambio dialéctico se convierta en una mera oportunidad de las partes para reforzar sus pretensiones.

Por ende, resulta imprescindible que el órgano jurisdiccional proceda a un examen exhaustivo y riguroso tanto de la demanda como de la contestación, así como, en su caso, de la reconvencción

⁹² Art. 428.1 LEC: *«la audiencia continuará para que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad de los litigantes»* (el destacado es nuestro); art. 443.3 LEC: *«el tribunal dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción»* (el destacado es nuestro).

⁹³ En cuanto a la necesidad de la intervención letrada, habrá que estarse a las normas generales correspondientes a la tipología de procedimiento, en atención al art. 31 LEC. Así, en el juicio ordinario será preceptiva, en consonancia además con el art. 414.2 LEC: *«Las partes habrán de comparecer en la audiencia asistidas de abogado»*. Por su parte, en el juicio verbal, quedarán exceptuados aquellos procesos determinados por la cuantía cuando la misma no supera los dos mil euros. La redacción dada al art. 428.1 LEC, al referirse a la continuación de la audiencia previa con *«las partes o sus defensores»* ha sido interpretada por GIMENO SENDRA desde el punto de vista de que se pretende dar coherencia al art. 414.2 LEC, propiciando la intervención de las partes materiales pero, dado que pueden darse cuestiones que requieran de conocimientos jurídicos de los que carece el ciudadano medio, reforzando la intervención de los litigantes por medio de la asistencia letrada, GIMENO SENDRA, V., *«La fijación de los hechos, segunda conciliación y sentencia inmediata»*, op. cit. pp. 294 – 295.

⁹⁴ URIARTE CODÓN, A., *«La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba»*, op. cit. pp. 93 – 94.

⁹⁵ Aducimos en apoyo de esta tesis la SAP Málaga 32/2014, de 14 de enero, ECLI:ES:APMA:2014:1271, FJ 3º, por la que se estima el recurso de apelación contra resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Estepona y se declara la nulidad de las actuaciones practicadas en el procedimiento retrotrayéndose las mismas hasta el momento inmediatamente anterior a la celebración de la audiencia previa. Ello habida cuenta de que en la celebración de la audiencia prueba la jueza fijó los hechos controvertidos sin dar la palabra a las partes. *«Estos acuerdos adoptados en la audiencia previa infringen lo establecido en los citados apartados del artículo 428 por cuanto los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad entre los litigantes los han de fijar éstos con el Tribunal y en el presente caso es el Tribunal el que, sin intervención de las partes en esa fijación, los impone (...)»*.

y su correspondiente contestación. En determinadas ocasiones, de dicha revisión preliminar se infieren con nitidez las cuestiones fácticas esenciales objeto de controversia, atendiendo a la obligación procesal que impone a la parte demandada la LEC de hacer corresponder su relato fáctico con el de la parte actora. No obstante lo anterior, puede suceder que la identificación precisa de los hechos controvertidos no resulte manifiesta, como señala URIARTE CODÓN, ya sea debido a una técnica expositiva particular empleada por los letrados, ya sea por la voluntad deliberada de no responder de manera expresa a determinados extremos fácticos que pudieran resultar perjudiciales para los intereses de la parte, o bien por haberse formulado una contestación de carácter genérico, escueto o con fórmulas estereotipadas. En tales supuestos, será procedente requerir de las partes, dentro del trámite procesal a que nos referimos, una concreción específica de los hechos cuya existencia se afirma o se niega⁹⁶.

Debe primar, por lo tanto, un esfuerzo del órgano judicial por acudir a la celebración de los actos preparatorios del juicio oral con la suficiente comprensión como para dirigir su transcurso con conocimiento de los extremos más elementales del litigio. A este propósito, desde la práctica forense se sostiene que no parece jurídicamente sostenible justificar una inactividad o dejación en el ejercicio de estas funciones de dirección procesal en la pretensión de preservar la imparcialidad. Y es que, si la mera intervención activa del juez en la conducción del procedimiento implicara, per se, una afectación a su imparcialidad objetiva o subjetiva, habría correspondido al legislador articular un sistema procesal distinto, disponiendo que quien haya ejercido funciones de dirección procesal no pudiera asumir la función de resolución sobre el fondo del asunto, como así ocurre en el orden penal⁹⁷.

Correlacionado con ello, el juez tribunal puede formarse una primera impresión acerca de cuáles son los extremos verdaderamente sustanciales del debate y cuáles presentan una menor relevancia jurídica. Asimismo, puede intuir qué hechos inicialmente controvertidos podrían ser objeto de consenso parcial mediante una labor de aproximación entre las partes, así como cuáles podrían ser objeto de matización, con el consiguiente estrechamiento del objeto litigioso. Esta labor de depuración permite avanzar en una fijación de los hechos controvertidos jurídicamente relevantes, descartando aquellos que, por su escasa incidencia en la resolución del litigio o por la elevada complejidad probatoria que comportan, resulten prescindibles para la adecuada tramitación del procedimiento. El fin último es *«que la inversión en tiempo a la hora de celebrar una audiencia previa en condiciones (huyendo de meros formalismos), bien preparada y bien dirigida, puede suponer un verdadero ahorro de tiempo con posterioridad a la misma, además de reducir las posibilidades de equivocación en la sentencia definitiva»*⁹⁸.

El desarrollo del trámite debe iniciarse mediante la concesión del uso de la palabra a la parte actora, a fin de que proceda a identificar y exponer, con la debida claridad, aquellos hechos que considere pacíficos, así como aquellos otros que estime controvertidos, en atención a lo alegado en los escritos rectores del proceso. A continuación, se concederá la palabra al demandado, quien habrá de manifestar, respecto de los hechos afirmados en su escrito de contestación o formulados oralmente en el curso del propio debate dialéctico que está teniendo lugar, si han sido aceptados

⁹⁶ URIARTE CODÓN, A., «La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba», op. cit. p. 90.

⁹⁷ GARNICA MARTÍN, J. F., «La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa», op. cit. p. 54.

⁹⁸ URIARTE CODÓN, A., «La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba», op. cit. p. 91.

expresamente por la parte actora en su intervención o si, por el contrario, han sido objeto de oposición concreta y determinada⁹⁹.

Para DE MIRANDA VÁZQUEZ, como es nuestra opinión común, resultaría altamente recomendable que las partes comparecieran a la audiencia previa provistas de dos documentos escritos debidamente diferenciados: uno conteniendo la relación de hechos que consideran pacíficos y otro en el que se recojan los hechos que estiman controvertidos. Copia de dichos listados debería ser entregada tanto al órgano jurisdiccional como a la parte contraria al inicio del acto procesal, pudiendo además incorporarse formalmente a los autos sin perjuicio de las adiciones, precisiones o rectificaciones que puedan derivarse del debate oral que tenga lugar durante el desarrollo de la audiencia, en virtud del principio de contradicción y del ejercicio del derecho de defensa¹⁰⁰.

Esta dinámica dialéctica, junto con la dirección del debate con conocimiento de causa por el órgano judicial, será el eje central de la función delimitadora. Puede ocurrir que las partes coincidan plenamente en la determinación de los hechos relevantes, sin que se suscite controversia alguna al respecto. En tal supuesto, la relación de hechos pacíficos y controvertidos deviene firme, de manera que los primeros deberán ser incorporados de forma íntegra y literal en el apartado de hechos probados de la resolución judicial. A estos efectos, ALONSO-CUEVILLAS SAYROL aboga, ya desde la regulación anterior a la LEC con los juicios de menor cuantía, por la redacción de un acta en la que quedan recogidos «con precisión fidedigna» la relación de hechos controvertidos¹⁰¹.

Por el contrario, cuando se ponga de manifiesto la existencia de divergencias entre las partes en cuanto a la calificación de determinadas afirmaciones fácticas, esto es, si deben ser consideradas hechos pacíficos, controvertidos, notorios o incluso irrelevantes, resultará ineludible la intervención del órgano judicial mediante resolución expresa oral en atención al artículo 210 LEC, la cual deberá contener un pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de tales afirmaciones, así como una motivación razonada que justifique la decisión adoptada. Contra la misma no habría de resultar procedente admitir la interposición oral e inmediata del recurso de reposición durante el propio acto, ni ser jurídicamente válida la utilización de la fórmula de

⁹⁹ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., *Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil*, op. cit. p. 162. En el supuesto de que el demandado haya permanecido en rebeldía, conforme a lo dispuesto en el artículo 496.2 LEC, ello no puede entenderse como una admisión tácita de los hechos afirmados en la demanda. En consecuencia, debe presumirse que todos los hechos invocados por la parte actora han de considerarse controvertidos, siendo exigible su acreditación mediante la correspondiente actividad probatoria. No obstante, esta previsión legal plantea una aparente contradicción sistemática si se compara con lo establecido en el artículo 405.2 LEC, por el que la falta de contestación expresa a los hechos afirmados en la demanda puede tener como consecuencia su admisión. Así, para el autor, no resulta plenamente coherente que la pasividad del demandado en su escrito de contestación pueda derivar en una presunción de veracidad de los hechos, mientras que la rebeldía procesal no produzca efecto alguno en tal sentido, obligando al actor a probar la totalidad de sus alegaciones fácticas.

¹⁰⁰ DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa del juicio ordinario», op. cit. p. 157. Indica el autor que el apartado primero del artículo 428 LEC establece expresamente la obligación de reseñar tanto los hechos pacíficos como aquellos que resultan controvertidos, no limitándose exclusivamente a estos últimos. Cuestión diferente es que en la práctica forense se haya extendido, de forma a su parecer improcedente, el hábito de enunciar únicamente los hechos controvertidos, amparándose en la presunción de que todo aquello que no haya sido expresamente discutido debe reputarse como pacífico. Incluso es este el momento en que puede dilucidarse el carácter notorio de un hecho.

¹⁰¹ ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992, p. 296.

«protesta a efectos de segunda instancia», la cual parece quedar reservada únicamente para el trámite de admisión o inadmisión de las pruebas propuestas en el proceso¹⁰².

6. A modo de reflexión final

Finalizamos el presente trabajo planteando la duda, a modo de reflexión conclusiva, de si la solución ofrecida por el actual artículo 438.8 LEC a la suspensión de la vista con el adelanto de la proposición de la prueba es justificativa o, si se prefiere, meritoria de una alteración en la lógica secuencia entre las funciones delimitadora y probatoria anteriores al acto del juicio. ¿Se han «matado moscas a cañonazos»? ¿Cómo podrían haberse conjugado ambos extremos en una redacción alternativa al artículo 438.8 LEC? La solución no se nos presenta ni mucho menos sencilla.

Y es que nos encontramos con una cuestión acuciante, cual es la diferente naturaleza (oral o escrita) de los actos que nos incumben. Así, mientras que la concreción de los hechos controvertidos ha de presentarse como un trámite eminentemente oral, acorde a la exigencia de propiciar un debate dirigido por el órgano judicial en torno a los extremos sobre los que habrá de versar el acto del juicio, la proposición de la prueba se tramita, según la LO 1/2025, de forma escrita. ¿En qué medida cabría alterar la secuencia de actuaciones partiendo de esta premisa? Resultaría cuanto menos ineficiente cualquiera de las dos opciones que de entrada pudieran plantearse: o bien conceder a estas un plazo para la formulación de los hechos que en su consideración son controvertidos y el posterior dictado de un auto por el órgano judicial detallando los mismos; o bien citar a las partes a una suerte de audiencia preliminar con la sola finalidad de delimitar los hechos controvertidos. La primera posibilidad, desvirtuaría la propia esencia del trámite de fijación de los hechos controvertidos, que requiere de un ejercicio dialéctico malamente abordable por escrito. Por su parte, la segunda posibilidad se nos antoja, permítasenos la expresión, engorrosa, pues carece de sentido, en términos de eficiencia procesal, acometer las actuaciones encaminadas a la citación de las partes con sus respectivos letrados para desarrollar tan solo una actuación que, si bien es de la máxima relevancia, podría venir acompañada de otras actuaciones que justificasen el trámite, como es la propia proposición de la prueba. Empero, de incluirse en esta eventual audiencia tanto la fijación de los hechos controvertidos como la proposición de prueba, nos encontraríamos ante una suerte de audiencia previa, cuya incorporación al juicio verbal precisamente pretende ser evitada por el legislador a efectos de garantizar un proceso ágil.

Con todo, parece que la modificación operada por la LO 1/2025 ha sacado de nuevo a relucir el debate en torno a la conveniencia o no de incorporar una suerte de audiencia previa al juicio verbal, discusión esta, desde luego, todavía no superada.

¹⁰² DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., *Hechos y prueba: la delimitación de la controversia en el proceso civil*, op. cit. p. 166. Señala el autor que, una vez emitido el pronunciamiento judicial, tanto la falta de oposición expresa como la manifestación de disconformidad no producirán, por sí solas, efectos impeditivos respecto de la eficacia de dicha resolución. Concluida la audiencia previa, el juzgador deberá transcribir la resolución oral en los términos previstos legalmente y proceder a su notificación formal a las partes. A partir de dicho momento, las partes dispondrán de un plazo de cinco días para interponer recurso de reposición, conforme a lo establecido en los arts. 452 y ss LEC.

7. Bibliografía

AAVV, «Artículo 443. Desarrollo de la vista», en MARÍN CASTÁN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Tomo II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 2163 – 2180.

ABEL LLUCH, X., «Luces y sombras del art. 428.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: un análisis etiológico», *Diario La Ley* 2014, nº 8310, pp. 9 – 17.

ABEL LLUCH, X., «La función de proposición y admisión de prueba en la audiencia previa», *Estudios de Deusto* 2013, Vol.61/1, pp. 13 – 38.

ABEL LLUCH, X., «La función delimitadora de la audiencia previa», *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* 2013, Vol. 25/1, pp. 1 – 22.

ABEL LLUCH, A., «Normativa art. 429.I, II y III LEC. Su consideración como deber o facultad judicial», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *La audiencia previa*, J.M. Bosch, Barcelona, pp. 2010, pp. 359 – 370.

ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Audiencia Previa*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., «La audiencia previa al juicio», en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (dir.), *Instituciones del nuevo proceso civil: comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000. Vol. II*, Global Economist & Jurist, Barcelona, 2000, pp. 127 – 170.

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, J. M. Bosch, Barcelona, 1992.

ASENCIO MELLADO, J. M., «Artículo 283. Impertinencia o inutilidad de la actividad probatoria», en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico. Tomo II. Volumen I (arts. 248 a 386)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 778 – 797.

BANACLOCHE PALAO, J./ GASCÓN INCHAUSTI, F./ GUITÉRREZ BERLINCHES, A./ VALLINES GARCÍA, E., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

BANACLOCHE PALAO, J. «Las otras finalidades de la audiencia previa al juicio», en DE LA OLIVA SANTOS, A. (coord.), *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 283 – 344.

BARONA VILAR, S., «Artículo 428. Fijación de los hechos controvertidos y posible sentencia inmediata», en ESCRIBANO MORA, F. (coord.), *El proceso civil. Volumen IV. Libro II: artículos 387 a 447 inclusive*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 3200 – 3211.

BONET NAVARRO, J., *La prueba en el proceso civil. Cuestiones fundamentales*, Ed. Difusión jurídica, Madrid, 2009.

CABEZAS GARCÍA, J. J., *El juicio verbal*, Civitas, Madrid, 2002.

CALAMANDREI, P. *Estudios sobre proceso civil* (traducción de S. Sentís Melendo), Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

CAPILLA CASCO, A. y SÁNCHEZ-LOZANO VELASCO, J., «Patologías de la audiencia previa (I): aplicación del artículo 210 de la LEC y la recurribilidad de la admisión de prueba», *Economist & Jurist* 2014, disponible en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/patologias-de-la-audiencia-previa-i-hechos-controvertidos-la-aplicacion-del-articulo-210-de-la-lec-y-la-recurribilidad-de-la-admision-de-prueba/>.

CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., «Concepto y objeto de la prueba», en GONZÁLEZ CANO, M.I. (dir.) / ROMERO PRADAS, M.I. (coord.), *La prueba. Tomo I. La prueba en el proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 19 – 55.

DAMIÁN MORENO, J., *Tomo II. Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares*, colección de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / MORENO CATENA, V. (coords.), *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Civitas, Pamplona, 2005.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La fase dialéctica de la audiencia previa», *Justicia: Revista de Derecho Procesal* 2020, nº 1, pp. 413 – 455.

DE MIRANDA VÁZQUEZ, C., «La delimitación del objeto de la controversia en la audiencia previa del juicio ordinario», *Foro Nueva Época* 2017, Vol.20, nº2, pp. 141 – 171.

DÍAZ MARTÍNEZ, M., «La audiencia previa», con GIMENO SENDRA, V. / CALAZA LÓPEZ, S., en *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 339 – 354.

ESPARZA LEIBAR, I., «El objeto del proceso de declaración», en GÓMEZ COLOMER, J. L. / BARONA VILAR, S. (coords.), *Proceso civil. Derecho procesal II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 131 – 145.

FAIRÉN GUILLÉN, V., *La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas. Comentarios a los artículos 414 a 430 de la LEC 1/2000*, Civitas, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ-FÍGARES MORALES, M.J., «Aspectos controvertidos de la prueba testifical civil: fijación de hechos, valor de las declaraciones escritas y efectos del desistimiento», *Revista General de Derecho Procesal* nº 63, 2024, pp. 1 – 17.

FERRER CORTINES, O., «La carga de la prueba del derecho extranjero», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 247 – 274.

GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Los procesos declarativos ordinarios en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2024.

GARCÍA AMADO, J. A., «Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en Derecho», en GARCÍA AMADO, J.A. / BONORINO RAMÍREZ, P. (coords.), *Prueba y razonamiento probatorio en Derecho*, Comares, Granada, 2014, pp. 43 – 81.

GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., «Los juicios de admisibilidad y de suficiencia de la prueba propuesta: extensión y límites al amparo de la doctrina de los tribunales», *Revista General de Derecho Procesal* n° 46, 2018, pp. 1 – 52.

GARCIMARTIN MONTERO, R. *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997.

GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil, materiales para el estudio. 7ª edición (adaptada a la LO 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia)*, disponible en <https://docta.ucm.es/entities/publication/36e41b5d-caa3-4e7e-94d4-448a2dc15855>.

GIMENO SENDRA, V., «El objeto del proceso», en GIMENO SENDRA, V./ DÍAZ MARTÍNEZ, M. / CALAZA LÓPEZ, S., *Derecho procesal civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 171 – 189.

GIMENO SENDRA, V., «La fijación de los hechos, segunda conciliación y sentencia inmediata», en GIMENO SENDRA, V. (dir.), *Proceso Civil Práctico. Tomo II. Volumen II*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 294 – 301.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., «El tratamiento de las cuestiones procesales en el juicio verbal», con BANACLOCHE PALAO, J./ GASCÓN INCHAUSTI, F. / VALLINES GARCÍA, E., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa al juicio en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 447 – 506.

LORCA NAVARRETE, A. M. *Conceptos básicos del Proceso Civil I. La pretensión procesal, las partes procesales, la disposición del objeto del proceso y la competencia procesal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2022.

MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

MONTERO AROCA, J. / FLORS MATÍES, J., *Tratado de juicio verbal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

MONTERO AROCA, J. *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002.

MUÑOZ GONZÁLEZ, V./ PESQUEIRA CARO, M. / PIÑEIRO VILAS, S., «La carga de la prueba de la costumbre», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Objeto y carga de la prueba civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 2007, pp. 219 – 245.

MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J. «Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso: demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones», en A.A.V.V., *El objeto del proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 147 – 220.

ORTEGA ATIENZA, R., «Novedades del juicio verbal tras la reforma de la LO 1/2025: la nueva «fase intermedia», el desarrollo de la vista y la sentencia in voce. Problemas prácticos y posibles soluciones», *Diario la Ley 2025*, n° 10713, 24 de abril de 2025, disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2025/04/29/novedades-del-juicio-verbal-tras-la-reforma-de-la-lo-1-2025-la-nueva-fase-intermedia-el-desarrollo-de-la-vista-y-la-sentencia-in-voce-problemas-practicos-y-posibles-soluciones>.

ORTEGO PÉREZ, F., *La audiencia previa del juicio ordinario*, Atelier, Madrid, 2024.

PÉREZ BORRAT, M. L., «El juicio verbal», en SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.), *Tratado práctico del proceso civil. Tomo II. Juicio verbal y recursos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 37 – 467.

PÉREZ GIL, J., «Fase de audiencia y/o vista: la prueba», en CALAZA LÓPEZ, S. / ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Ciencia abierta. Derecho procesal civil (I)*, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 355 – 390.

PÉREZ VEGA, A., «La justicia no ganará en eficiencia prescindiendo de la celebración de vista: del acoso al derribo de la fase oral del juicio verbal por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia», *Diario la Ley* 2025, nº 10656, 3 de febrero de 2025, disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAhMLQ3MjE7Wy1KLizPw827DM9NS8klQAnyQMSCAAAAA=WKE>.

PEDRAZ PENALVA, E., «El objeto del proceso civil», en A.A.V.V., *El objeto del proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, pp. 13 – 48.

PRIETO CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil. Proceso declarativo y proceso de ejecución*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1990.

RAYÓN BALLESTEROS, M. C., «El nuevo marco normativo de la Ley Orgánica 1/2025 para un Servicio de Justicia Eficiente y Accesible, con especial referencia a la reforma procesal y organizativa», *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo* 2025, nº 26, pp. 14 – 37.

RIBÓN SEISDEDOS, A., «Fases de audiencia del procedimiento ordinario y vista del procedimiento verbal», en CALAZA LÓPEZ, S. / ORDEÑANA GEZURAGA, I. (dirs.), *Ciencia abierta. Derecho procesal civil (I)*, Dykinson, Madrid, 2025, pp. 355 – 390.

RIVERA MORALES, R., *La prueba: un análisis racional y práctico*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Obra Procesal Tomo V*, Fundación Privada Manuel Serra Domínguez, Barcelona, 2023, pp. 2887 – 2996.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., «De las presunciones», en ALBADALEJO, M. (coord.), *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales. Tomo XVI, Vol. II*, EDERSA, Madrid, 1991, pp. 606- 696.

TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, La Ley, Madrid, 2000.

URIARTE CODÓN, A., «La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre la admisión de los medios de prueba», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 75 – 104.

VALLESPÍN PÉREZ, D., *El juicio verbal tras su reforma por la Ley Orgánica 1/2025 de medidas de eficiencia del servicio público de justicia*, Atelier, Barcelona, 2025.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El nuevo juicio verbal», en BANACLOCHE PALAO, J. / GASCÓN INCHAUSTI, F. (dirs.), *La justicia en España tras la Ley Orgánica de eficiencia Nuevos tribunales, medios adecuados de solución de controversias y reformas procesales*, Aranzadi, Madrid, 2025, pp. 367 – 422.

VELÁZQUEZ VIOQUE, D., «El juicio sobre la admisión de los medios de prueba», en ABEL LLUCH, X. / PICÓ I JUNOY, J. (dirs.), *Aspectos prácticos de la prueba civil*, J.M. Bosch, Barcelona, 2006, pp. 105 – 126.

Cándido Paz-Ares
Universidad Autónoma Madrid

Sumario

-
El presente trabajo examina críticamente las razones de fondo —inexistencia de autoamnistía, regularidad del procedimiento legislativo y suficiencia de la finalidad declarada—, aducidas explícitamente o asumidas implícitamente por el Abogado General Spielmann en sus Conclusiones del pasado 13 de noviembre de 2025, para sostener la fundamental conformidad de la amnistía del procés con el derecho primario de la Unión y, específicamente, con las exigencias derivadas de la cláusula del estado de derecho. El examen realizado muestra la concomitancia de dichas razones con las que, de una manera u otra, sustentan la declaración de no inconstitucionalidad (por arbitrariedad) de la Ley de Amnistía contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2025. La reflexión que ofrece el autor, basada en la evaluación comparativa de ambas líneas de razonamiento, cobra especial interés en un momento en que la Ley de Amnistía se halla pendiente del veredicto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Abstract

-
This paper critically examines the core reasons —the absence of a self-amnesty, the regularity of the legislative procedure, and the sufficiency of the stated purpose— explicitly advanced or implicitly assumed by the Advocate General Spielmann in his Opinion of November 13, 2025, to support the fundamental conformity of the amnesty for the Catalan independence process with primary EU law and, specifically, with the requirements flowing from the rule of law principle. The analysis reveals a close correspondence of these reasons and those which, one way or another, underpin the Constitutional Court's rejection of the claim that the Amnesty Law is arbitrary and, therefore, unconstitutional in its recent judgment of June 26, 2025. The author's reflection, based on a comparative assessment of both lines of reasoning, is of particular interest at a time when the Amnesty Law is still awaiting the verdict of the Court of Justice of the European Union.

Title: *The Amnesty as Seen by EU Advocate General Spielmann: Three Counterfactual Questions*

-
Palabras clave: amnistía, estado de derecho, autoamnistía, arbitrariedad, desviación de poder, 'propósito ulterior'.

Keywords: amnesty, rule of law, self-amnesty, arbitrariness, abuse of power, 'ulterior purpose'.

Índice

-

- 1. Introducción*
- 2. ¿Inexistencia de autoamnistía?*
- 3. ¿Regularidad del procedimiento legislativo?*
- 4. ¿Autosuficiencia de la finalidad declarada?*
- 5. Estanqueidad semántica propugnada por el TC: crítica*
- 6. Apertura pragmática del AG: autenticidad de la finalidad*
- 7. Arbitrariedad y doctrina del ‘propósito ulterior’*
- 8. Consideración final*
- 9. Referencias bibliográficas*

1. Introducción*

La Ley de Amnistía se halla pendiente del veredicto del TJUE. Entretanto, en el ámbito europeo, se han producido dos pronunciamientos relevantes y no concordantes. Uno son las ‘Observaciones Escritas’ de la Comisión Europea dirigidas al TJUE en relación con las cuestiones prejudiciales interpuestas por el Tribunal de Cuentas (asunto C-523/24), de fecha 9 de diciembre de 2024, y otro las ‘Conclusiones’ del Abogado General (AG) Spielmann sobre las cuestiones presentadas por la Audiencia Nacional, de fecha 13 de noviembre de 2025 (asunto C-666/24)¹.

Sin perjuicio de alguna referencia colateral a las Observaciones de la Comisión, estas páginas se centran en las Conclusiones del AG y en su evaluación comparativa con los argumentos hechos valer en la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2025 (STC 137/2025). No se busque en ellas un examen analítico de los problemas que suscitan las consultas prejudiciales desde el punto de vista del derecho derivado. Su único propósito —más teórico que exegetico— es calibrar las razones de fondo que conducen al AG a afirmar *la conformidad general* de la Ley de Amnistía con el derecho primario de la Unión y, específicamente, con las exigencias del estado de derecho (art. 2 TUE).

No desconozco con ello que el AG ha considerado contrarios al derecho de la Unión algunos preceptos concretos de la ley. Según él, por ej., los arts. 8.3, 10.2 II o 13.3 LA contradicen exigencias derivadas de los principios de independencia judicial y tutela judicial efectiva consagrados en los arts. 19.1 TUE y 47 CDFUE (v. Conclusiones II, §§ 111 ss.). De modo similar, es decir, en relación con preceptos concretos, el TC considera que el art. 1.1 LA es inconstitucional por omisión. En la medida en que no extiende el beneficio de la amnistía a quienes han realizado actos delictivos de oposición al *procés*, sostiene el Tribunal, el artículo contraviene la cláusula de igualdad del art. 14 CE (STC 137/2025, FFJJ 8.3.4 a) y 8.3.5). Pero estas y alguna otra similar son cuestiones particulares y, como tales, quedan fuera del cometido de estas páginas. En ellas nos ocupamos única y exclusivamente del problema de la *conformidad general* de amnistía prevista en la ley, no de la *conformidad específica* de las distintas piezas de su régimen jurídico, con principios y reglas de derecho superior.

Las razones de fondo sobre las que sustenta el AG su *juicio de conformidad general* de la Ley de Amnistía con las exigencias del estado de derecho —unas simplemente afirmadas, otras algo más desarrolladas— son básicamente tres: (i) *inexistencia de autoamnistía propiamente dicha*: los diputados nacionalistas que votaron la ley no resultaron personalmente beneficiados por ella; (ii) *regularidad mecánica del procedimiento legislativo*: la tramitación de la ley se ajustó a cauces y requerimientos formales previstos en el ordenamiento parlamentario; y (iii) *suficiencia de la finalidad declarada*: la expresa apelación de la ley a la reconciliación purga la amnistía de cualquier tara achacable a la motivación del legislador. Se trata de razones concomitantes con las que han llevado al TC a rechazar la inconstitucionalidad *in totum* de la Ley de Amnistía, si

* El presente trabajo está dedicado a mi amigo E. P. Agradezco a Isabel Aldanondo, Sebastián Albella, Jesús Alfaro, Manuel Aragón, Manuel Atienza, Nuria Bermejo, Pedro Cruz, Pablo De Lora, Javier Díez-Hochleitner, Víctor Ferreres, Fernando Gómez-Pomar, Liborio Hierro, Francisco Laporta, Marta Lorente, Rafael Núñez-Lagos, Fernando Pantaleón, Carlos Paredes, Jesús Remón, Alfonso Ruiz Miguel, Daniel Sarmiento y Miguel Virgós las molestias que se han tomado leyendo el papel, formulando observaciones e impulsando su rápida publicación.

¹ Con la misma fecha han visto la luz también las Conclusiones del AG Spielmann en relación con las cuestiones prejudiciales suscitadas por el Tribunal de Cuentas (asunto C-523/24). Estas segundas Conclusiones, de alcance más limitado, quedan fuera del foco del presente trabajo (marginamente se citarán como ‘Conclusiones II’). Conviene recordar que se hallan igualmente pendientes de resolución por parte del TJUE las cuestiones prejudiciales presentadas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (asunto C-587/24) y por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Vilanova i la Geltrú (asunto C-123/25). Al parecer, no está prevista la acumulación de los distintos expedientes de decisión prejudicial (para una primera aproximación, v. Cruz Mantilla, 2025, pp. 173 ss.).

bien estas —importa subrayarlo desde el principio— aparecen formuladas en términos notablemente más radicales.

El denominador común de todas ellas reside, si se me permite expresarlo así, en la *prioridad atribuida a la semántica sobre la pragmática* a la hora de determinar el significado de los enunciados legales. No discuto esa prioridad. Es llano que el texto tiene prioridad sobre el contexto en el entendimiento e interpretación de las leyes e incluso que esto debe encarecerse cuando se trate de revisar su conformidad con arreglo a reglas y principios superiores, pertenezcan estos al derecho europeo o a la constitución nacional. Lo que discuto, para expresarlo *à la* Rawls, es el carácter *lexicográfico* que tanto el AG (más aparente que realmente) como el TC (más real que aparentemente) asignan a la prioridad en cuestión, un carácter que impide nivelar o ponderar los distintos factores hermenéuticos: aquellos situados anteriormente —los semánticos— tienen un valor absoluto, por así decirlo, con respecto a los que le siguen —los pragmáticos—, y se mantienen sin excepción².

La hipótesis que defiendo es simple: la prioridad del texto no puede traducirse en la exclusión del contexto³. El juez constitucional, sea el juez europeo o el juez doméstico, no puede cerrar los ojos a la realidad. El error del AG —y, de forma más acentuada, el del TC— reside precisamente ahí, en acorazar el texto gramatical de la ley frente al contexto intencional del legislador. El principio democrático impone ciertamente una alta dosis de deferencia con el texto: la *autocontención judicial* es necesaria para evitar la suplantación o subversión contramayoritaria de la voluntad de la nación representada. Pero al propio tiempo exige no hacer completa abstracción del contexto: hay que evitar esa otra forma de corrupción o erosión de la democracia que ha dado en llamarse *legalismo autocrático*, al menos cuando se manifiesta más allá de toda duda razonable. Esta es una preocupación fundamental en este papel.

La expresión ‘legalismo autocrático’ ha sido acuñada recientemente para designar prácticas políticas caracterizadas por valerse de mecanismos jurídicos previstos en un ordenamiento con credenciales democráticos para fines poco democráticos⁴. Encubren ataques de mayor o menor intensidad al orden constitucional haciendo uso precisamente de métodos o cauces habilitados formalmente por dicho orden, como ocurre en particular con la amnistía⁵. Los procesos de autocratización o desdemocratización a los que sirven las prácticas de marras constituyen una preocupación creciente de las instituciones europeas, que conviene subrayar en un momento en que la compatibilidad de la Ley de Amnistía con el derecho de la Unión aguarda la decisión del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. No debe olvidarse que una de las misiones principales de la Unión Europea es velar por la integridad de la democracia y del estado de derecho en los Estados miembros y que las estrategias de legalismo o formalismo autocrático solo pueden combatirse

² Cfr. Rawls, 1979, pp. 62-63.

³ Ni siquiera lo hacen los más estrictos defensores de la concepción semántica del lenguaje jurídico (v., por ej., Laporta, 2007, p. 177). Aclaro en todo caso que me he tomado alguna licencia al contraponer semántica y pragmática en nuestra discusión, pues parto, primero, de un entendimiento muy amplio de la pragmática, no circunscrito a las implicaturas conversacionales o lingüísticas clásicas; segundo, de una cierta correspondencia entre semántica y ‘legalismo’ o, si se prefiere, *ruleness* o ‘regleidad’ constitucional (y, por contraposición, de pragmática y principalismo); y tercero, de la necesidad de diferenciar dos sentidos o dimensiones en la ‘autonomía semántica’ de las leyes (sobre estos últimos aspectos, v. *infra* § 4 *in fine*).

⁴ Sobre este concepto, v. Scheppele, 2018, p. 548 y nt. 7. El ensayo constituye una buena introducción a las olas más recientes de desdemocratización.

⁵ No hace falta decir que, en mi opinión, la amnistía tiene cabida formal en nuestra Constitución (v. Paz-Ares, 2024, cap. II); en este punto no difiero de las conclusiones de la STC 137/2025 (FFJJ 3 y 4).

eficazmente mediante el análisis pragmático o contextual de los propósitos perseguidos por el legislador sobre el que se asientan los controles de la desviación de poder o arbitrariedad del legislador.

Cuestión distinta es si, en nuestro caso, el Tribunal de Justicia está habilitado procesal y sustantivamente para valorar la legitimidad general de la Ley de Amnistía. Soy consciente de que, en ambos aspectos, el margen de maniobra de que dispone es más estrecho del que ha tenido el TC. En el *aspecto procesal* porque, no tratándose de un recurso de incumplimiento, sino de cuestiones prejudiciales, el cometido del Tribunal de Justicia se limita en principio a auxiliar a los órganos jurisdiccionales nacionales en relación a las cuestiones consultadas, ninguna de las cuales versa en nuestro caso sobre la legitimidad general de la ley, aunque ofrecen derivadas (especialmente las relacionadas con el principio de igualdad) por las que podría llegar a justificarse su intervención. En el *aspecto sustantivo*, porque aún subsisten dudas acerca de si la conexión con el derecho de la Unión basada *solamente* en la cláusula general del estado de derecho del art. 2 TUE —eventualmente relacionada con subprincipios más concretos tales como la independencia judicial (art. 19.1 TUE), la igualdad (arts. 20 y 21 CDFUE) o la tutela judicial efectiva (art. 47 CDFUE)— es suficiente para que el Tribunal de Justicia se adentre en el fondo del asunto. Una y otra son cuestiones que dejo en manos de los especialistas del derecho europeo. Mi impresión en todo caso no es necesariamente negativa. La jurisprudencia de los últimos años (caracterizada por una creciente judicialización y justiciabilización de los principios del estado de derecho) y las señales que parecen desprenderse de algunos casos actualmente en curso (por ej., el caso húngaro sobre los derechos LGBTIQ) dejan entrever una cada vez mejor disposición del Tribunal de Justicia para dar el siguiente paso y asegurar la primacía de los valores de la Unión con base única y exclusivamente en la cláusula general del art. 2 TUE. El propio AG parece adoptar una actitud favorable a este examen de fondo, de corte más ‘principalista’ o menos ‘legalista’. Es ilustrativo el hecho de que no haya tenido reparo en entrar en cuestiones como la de la autoamnistía, no planteadas específicamente en la consulta prejudicial ni reconducibles a otra norma que no sea la repetida cláusula general (Conclusiones § 91⁶).

Sentado lo anterior, entro ya en materia. Mi propósito es someter los tres argumentos semánticos del AG —inexistencia de autoamnistía, regularidad del procedimiento legislativo y suficiencia o autosuficiencia de la finalidad declarada— a la prueba del aguijón pragmático. Me serviré para ello de otras tantas preguntas contrafácticas, con las que espero estresar el razonamiento del AG —y, de paso, el del TC— y enfrentarlo a sus propias contradicciones.

2. ¿Inexistencia de autoamnistía?

La primera pregunta contrafáctica puede formularse así:

¿habría entendido el AG que la amnistía aprobada por el legislador español no habría podido calificarse de ‘autoamnistía’ ni siquiera en el supuesto de que la medida hubiese favorecido directamente en sus personas a los siete diputados de Junts o de ERC?

La pregunta se refiere, sobra aclararlo, a un escenario hipotético en el que los propios diputados nacionalistas, cuyos votos resultaron decisivos para la aprobación de la ley, hubieran resultado ellos mismos eximidos de las penas de cárcel y obligaciones de resarcimiento de las arcas públicas que alternativamente habrían tenido que sufrir si hubiesen cometido o participado en la comisión de los delitos de sedición y malversación del *procés*. Doy por sentado que, en un escenario así, el AG habría considerado la amnistía como una ‘autoamnistía’ de libro y, consiguientemente, habría suscrito a pies juntillas el criterio de la Comisión⁷. La evidencia de un

⁶ En general —dicho sea de paso—, el AG se muestra personalmente favorable a ello, en particular cuando el caso tiene por objeto prácticas, como la amnistía de aliados políticos, más propias de ‘democracias iliberales’ (v. Spielmann, 2021, p. 19).

⁷ El criterio de la Comisión es conocido: «No parece que la LOA [Ley Orgánica de Amnistía] responda efectivamente a un objetivo de interés general reconocido por la Unión. De entrada, la LOA parece constituir una autoamnistía

conflicto de interés de tal claridad e intensidad le habría obligado a ampliar el concepto estricto —o ‘bananero’— de autoamnistía sobre el que funda su argumento para dar cabida en él al supuesto contrafáctico que propongo para la discusión. Nótese que el AG reserva el concepto para las amnistías concedidas *in extremis*, «en vísperas de una transición política» y mediante «un acto unilateral impuesto por un *poder autoritario*», cuyo paradigma ilustra en nota con algunos casos de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos⁸. El argumento del TC es de factura similar:

Por principio, una ley debatida y aprobada por el parlamento de un Estado democrático de derecho que contempla la extinción de la responsabilidad penal por amnistía no puede calificarse de autoamnistía, propia de *sistemas políticos autoritarios* o de estados en transición, dictadas o autorizadas por quienes se benefician de tal inmunidad (STC 137/2025, FJ 10.2 *in fine*)⁹.

Ahora bien, aun admitiendo la necesidad de ampliar el concepto de ‘autoamnistía’ más allá del estereotipo ‘bananero’, es muy probable que el AG siguiese sin aceptar, en relación con el caso real, la opinión de la Comisión. Insistiría en que el supuesto contrafáctico aducido no prueba nada dada su lejanía con el real. De hecho, su principal argumento contra la existencia de autoamnistía en la Ley de Amnistía es que

las personas que se benefician [de ella] no son miembros o representantes del Gobierno o del poder legislativo que [la promueve o aprueba], *de modo que no existe un vínculo directo entre el ejercicio del poder político y el beneficio de la medida* (Conclusiones, § 95).

El argumento, como se aprecia a simple vista, es de clara hechura semántica. Es cierto que, en el caso real, los parlamentarios de Junts o ERC no son beneficiarios *directos y en persona* de la medida de gracia, pero eso es cabalmente lo que hay que valorar. La cuestión suscitada por la pregunta contrafáctica es si importa el carácter directo y personal del beneficio, si importa tanto. Y francamente, creo que no. ¿Acaso no sería exactamente lo mismo si, en lugar de ser ellos los beneficiarios directos de la medida, lo hubieran sido sus padres o sus hijos? Conjeturo que, enfrentado a este nuevo contrafáctico, el AG convendría en la equiparación.

Pues bien, la cuestión intrigante es por qué no ha considerado necesario extender la equiparación al caso real, en el que la vinculación de los siete diputados de Junts o de ERC con los principales beneficiarios de la amnistía (específicamente, con el Sr. Puigdemont, Presidente de Junts o con el SZr. Junqueras, Presidente de ERC), aun siendo de distinta naturaleza, es igualmente —o suficientemente— estrecha. No hace falta insistir en la jerarquía interna y férrea disciplina de voto que rige el funcionamiento de nuestros partidos, incluidos los nacionalistas y en el beneficio político que entraña para estos últimos la amnistía. Bastará aquí con recordar una norma del

[...] *porque los votos de sus beneficiarios han sido fundamentales para su aprobación en el parlamento español*» (Observaciones, § 94). En pro de la calificación de la amnistía como ‘autoamnistía’, la Comisión añade un segundo argumento tanto o más poderoso que el anterior, al que me referiré más tarde (v. *infra* § 4, nt. 21 y texto correspondiente).

⁸ V. Conclusiones, §§ 92 y 91 y nt. 60. En esta sección se aborda únicamente la crítica de dos de los argumentos aducidos por el AG para rechazar la objeción de la ‘autoamnistía’; la de los otros dos se emprende a su debido tiempo (v. *infra*, respectivamente, § 3 y § 6 b), especialmente en nt. 61 y texto correspondiente).

⁹ La presuposición implícita en el argumento —el carácter angélico de los diputados de un parlamento ‘democrático’— es objeto de la mordaz ironía de E. Gimbernat, “El Constitucional, los indultos generales y la autoamnistía”, *El Español*, 17-X-2025.

ordenamiento parlamentario español, generalmente pasada por alto en la discusión, para advertir que el conflicto de interés relevante no se ciñe al que tenga el parlamentario en su propia persona, sino que alcanza también al de sus ‘personas vinculadas’ y, entre ellas, a la que sea capaz de ejercer una influencia significativa sobre él:

Existirá conflicto de interés [cuando el parlamentario] tenga un interés personal, tanto directo o propio, como indirecto a través de otra persona singularizada, que pueda influir de manera inadecuada en el cumplimiento de sus deberes; de tal forma que pueda poner en duda su objetividad e independencia, o que implique que como parlamentario no persiga la consecución del interés general (art. 3.1 CCCG o Código de Conducta de las Cortes Generales).

¿Cabe dudar de la condición de ‘persona singularizada’ de Puigdemont o de Junqueras y de su intervención decisiva en el proceso de negociación y ‘personalización’ de la Ley de Amnistía finalmente aprobada por las Cortes? No creo que nadie lo dude¹⁰. La idea de ‘autoamnistía’ no puede por ello rechazarse de una manera tan expeditiva. En lugar de coger el toro por los cuernos y enfrentarse con la problemática de las *personas vinculadas* como fuente de conflicto de interés, el AG ignora el tema o pasa sobre él de puntillas. De su argumento resulta claro en todo caso que, de haber asumido la existencia de un conflicto de interés relevante, habría calificado la amnistía como autoamnistía censurable bajo los principios del derecho europeo. No pienso lo mismo del TC, cuyo argumento semántico alcanza ribetes de un formalismo verdaderamente extravagante. Llega a excluir la autoamnistía por no encajar en la literalidad del art. 102.3 CE¹¹.

De lo anterior colijo que, en el caso del AG, el carácter lexicográfico o absoluto de la prioridad de la semántica sobre la pragmática es más aparente que real. Si hubiese podido considerar todas las circunstancias concurrentes y hubiera advertido que los diputados nacionalistas estaban en una situación de genuino conflicto de interés, sus Conclusiones probablemente no habrían sido iguales. Me atrevo incluso a conjeturar que habría juzgado ilegítima la finalidad de la ley, como antes lo había hecho la Comisión, con fundamento directo en la cláusula general de estado de derecho del art. 2 TUE. No puedo decir lo mismo del TC¹². Ni, en general de aquellos comentaristas que apuran el argumento semántico y la tesis legalista hasta sus últimas consecuencias. Me refiero a quienes, pese a admitir —como no podía ser de otra forma— que hay un conflicto de interés en sentido propio y, por ende, ‘autoamnistía’, consideran, a mi modo de ver un tanto escandalosamente, que el conflicto resulta irrelevante o trivial en el control de constitucionalidad de las leyes por referirse a una circunstancia extratextual o de contexto. Es ilustrativa, por ejemplo, la posición del prof. García Albero:

Admit[i]mos que en otros ámbitos fuera del parlamentario, dicho contexto convertiría la decisión, sin más, en arbitraria, por incurrir los decisores en manifiesto conflicto de intereses (intercambio de votos —investidura— a cambio de la extinción de responsabilidades penales, administrativas, contables e incluso civiles de algunos decisores: *rectius*, de personas vinculadas con los decisores formales, esto es, los auténticos decisores materiales). Por definición, las decisiones adoptadas en el

¹⁰ Sobre el proceso de ajuste de la ley a la medida exacta de las necesidades personales de Puigdemont que fueron presentándose durante el procedimiento legislativo con motivo de diversas actuaciones judiciales me permito reenviar a Paz-Ares, 2024, pp. 98-106. Otro tanto podría decirse de Junqueras.

¹¹ V. STC 137/2025, FJ 10.2.

¹² V. STC 137/2025, FJ 11.2.

parlamento son el fruto de la confrontación y articulación de intereses previos explícitos y conocidos [...] *Toda corrupción, como vengo sosteniendo hace tiempo, puede ser construida a partir de la teoría del conflicto de intereses, pero la excepción se encuentra en las leyes, sin que quepa excluir los casos más graves* (García Alberó, 2024, pp. 118-119).

El argumento es indudablemente coherente con la tesis semántica, pero esta circunstancia no lo salva de la objeción, bastante más severa, del legalismo autocrático. La última frase del fragmento transcrito resulta alarmante. ¿No sería acaso motivo de vergüenza jurídica que la justicia constitucional llegase a validar una ley de amnistía como la que se pretendió aprobar en Rumania en el año 2019, un ejemplo señero de autoritarismo de baja intensidad? Volveré más tarde sobre este caso tan aleccionador (v. *infra* § 6 c) *in fine*).

3. ¿Regularidad del procedimiento legislativo?

La segunda pregunta contrafáctica generaliza la primera:

¿habría estimado el AG que el *iter* legislativo que ha conducido a la aprobación de la Ley de Amnistía ha sido tan ortodoxo e inobjetable como supone si hubiera tenido conocimiento preciso, detallado y debidamente documentado de las anomalías procesales que lo pavimentaron?

Mi impresión es nuevamente que no. Es probable que la cuestión prejudicial de la que traen causa las Conclusiones no haya incidido sobre estos temas y que, en consecuencia, las anomalías aludidas le hayan pasado inadvertidas al AG¹³. Precisamente por ello tiene aún interés formular la pregunta. Para alguien familiarizado con lo sucedido, la inexactitud de la premisa de que arranca la argumentación del AG es llamativa:

[la Ley de Amnistía] es fruto de un procedimiento parlamentario *regular* tramitado en el seno de un sistema democrático pluralista (Conclusiones, § 92).

Si la regularidad la entendemos pragmáticamente, considerando no solo el texto de las opciones y cauces procesalmente disponibles, sino también el contexto y las finalidades perseguidas con una determinada planificación del *modus legiferandi*, la tramitación de la Ley de Amnistía tendría que situarse en las antípodas de una tramitación regular. La democracia se define como «poder en público». Bobbio empleaba esta expresión sintética para aludir a todos aquellos expedientes institucionales que obligan a los gobernantes a tomar sus decisiones a la luz del sol, a dar razón de ellas (de las suyas verdaderas y no de otras construidas *ad hoc*) y a soportar su contrastación en el marco de un proceso abierto¹⁴.

A la vista de esta definición, la tramitación de la Ley de Amnistía es un compendio de las peores prácticas que uno puede imaginar en un sistema democrático: conversaciones ‘ginebrinas’ fuera de la luz y taquígrafos del parlamento, opción por el trámite de urgencia en la cuestión más inidónea para él, ausencia de la debida consulta pública así como de cualquier expediente de

¹³ Aunque versan sobre una cuestión prejudicial distinta, las Observaciones de la Comisión sobre este aspecto podrían haber puesto al AG sobre aviso. No obstante, en su descargo diré que son tan escuetas y genéricas (v. Comisión, 2024, § 95), que no era fácil reparar en la verdadera magnitud del problema denunciado.

¹⁴ Cfr. Bobbio, 1999, p. 339; son las cargas asociadas a la idea (equivalente) de ‘razón pública’ en Rawls (v., por ej., Rawls, 2002, pp. 129-135).

implicación de los interesados, omisión deliberada de la memoria de impacto, exclusión de otros informes normalmente preceptivos (Consejo General del Poder Judicial, Ministerio Fiscal, etc.), gestión del trámite de ‘aprobación’ de las enmiendas fuera de las Cortes, las cuales no debían ‘tocar una coma’ de lo negociado extramuros, inopinada sustitución del secretario general del Congreso por persona de la confianza del Gobierno justo en la hora en que el procedimiento echaba a andar, etc., etc., a todo lo cual debe añadirse la irregularidad procesal del conflicto de interés señalada más arriba (v. *supra* § 2)¹⁵.

Las citadas no son más que algunas instancias en un largo prontuario de agresiones claras —todas se fundan en hechos palpables y tangibles— al buen gobierno parlamentario y al buen gobierno en general. De ellas se desprende, con escaso margen para la equivocación, una decidida voluntad de remover los mecanismos institucionales y procesales que permiten hacer a los gobiernos y parlamentos verdaderamente responsables y verdaderamente dignos del nombre de autogobierno. Su objetivo —como dicen los politólogos al describir las prácticas más típicas de autocratismo de baja intensidad— consiste en «to sabotage accountability [...] by means of secrecy, disinformation and disabling voice»¹⁶.

Algunas de las malas prácticas evocadas han tratado de justificarse con el argumento de que el origen de la amnistía fue una proposición de ley del Grupo Parlamentario Socialista y no un proyecto de ley del Gobierno. Pretexto o excusa de mal pagador. Nada habría impedido tramitar la proposición de ley cumplimentando ‘voluntariamente’ o ‘analógicamente’ las consabidas exigencias de transparencia, implicación, información y deliberación. No debe olvidarse, además, que la iniciativa se adoptó y la propuesta se preparó por el propio Gobierno, valiéndose de los medios de la Administración que dirige. Nada habría impedido tampoco tramitar formalmente la iniciativa como lo que sustancialmente siempre fue, un proyecto de ley, aunque para ello hubiera que esperar a la investidura del Gobierno. Resulta irritante que se apele a las limitaciones de un Gobierno en funciones para excusar un proceder tan irregular como es poner en marcha un programa de investidura antes de que esta se haya formalizado. El famoso ‘pago por adelantado’ es otra anomalía destacable del proceso. Una evidencia más de cuál fue la verdadera finalidad de la amnistía (pero sobre esto volveremos luego: v. *infra* § 4), incluso de la escasa confianza que había puertas adentro sobre el comportamiento apalabrado de los diputados y, en definitiva, del legislador. De ahí la ironía de un antiguo Presidente del TC al tildar al legislador de ‘hombre de honor’, como Marco Antonio llamó a Bruto en el drama de Shakespeare¹⁷.

Las consideraciones a que da pie la segunda pregunta contrafáctica apuntan a otro *punctum dolens* en las Conclusiones del AG. Uno puede conjeturar que, de haber cobrado conciencia de la envergadura de las anomalías registradas en el procedimiento legislativo, incluida la autoamnistía, más que suficientes para refutar la presunción de que el ejecutivo y las fuerzas parlamentarias que lo sustentan actuaron de buena fe en favor del interés público, este habría emprendido su labor bajo el *principio metodológico de la sospecha*¹⁸. Tales circunstancias no pueden más que rebajar el grado de la deferencia debida al legislador¹⁹. Sería un sarcasmo que quien está llamado a velar por los principios del estado de derecho y la legalidad europea no mirase con la mayor preocupación la picaresca y marrullería parlamentarias exhibidas en el despacho de la Ley de Amnistía, comenzando por la treta o ardid de la proposición de ley tantas veces denunciada por Bruselas en el capítulo español de sus informes sobre la *rule of law* en los Estados miembros.

¹⁵ Me ocupo de todas ellas con cierto detalle en Paz-Ares, 2024, pp. 197-218.

¹⁶ Glasius, 2018, p. 517.

¹⁷ P. Cruz Villalón, «Las intenciones del legislador», *El País*, 20-VI-2025, p. 13.

¹⁸ Es oportuno remitir aquí al texto de uno de nuestros constitucionalistas más incisivos: v. Ferreres, 2021, cap. VI, pp. 203 ss.

¹⁹ La Comisión cita algunas de las irregularidades en el procedimiento como indicio de que la amnistía no obedece a un objetivo de interés general de la Unión (v., por ej., Observaciones, § 95).

Y hablando de sarcasmos, no me resisto a recordar que el programa con que el Partido Socialista concurrió a las últimas elecciones autonómicas, celebradas unos meses antes de tramitarse la proposición de ley de amnistía, contenía el compromiso de que solo utilizaría la fórmula de la proposición de ley con las mismas garantías de transparencia e integridad exigidos a los proyectos de ley y, concretamente, sin prescindir del «dictamen de los correspondientes órganos consultivos». Dicho y al día siguiente no hecho.

4. ¿Autosuficiencia de la finalidad declarada?

Llego así a la tercera y última pregunta, la más importante:

¿qué habría pensado el AG si la ley se hubiese titulado *Ley Orgánica de Amnistía para la investidura del Gobierno de España* y su exposición de motivos hubiese explicado con detalle la bondad de la iniciativa para hacer posible el desarrollo del programa progresista de la coalición gubernamental?

Tampoco aquí tengo dudas. No creo que el AG hubiese compartido la opinión de quienes, con base en el pluralismo político (arts. 1.1 y 6 CE) y la naturaleza no militante de nuestra democracia, conjeturan que «la simple oportunidad de formar una mayoría parlamentaria de investidura vale como fundamento constitucional para una ley de amnistía»²⁰. El AG habría estimado sin vacilar, al igual que antes lo había hecho la Comisión, que en un supuesto así la finalidad de la ley sería ilegítima por no obedecer a una razón suficiente de ‘interés general’ reconocido por la Unión o, en el ámbito interno, por la Constitución²¹. Presumo además que habría condenado la amnistía como práctica autoritaria de baja intensidad. La fatiga de derechos fundamentales y principios básicos del estado de derecho que inevitablemente trae consigo no puede justificarse con la finalidad de armar un ‘gobierno progresista’ o de blindarlo en el poder para ‘evitar que venga la derecha y la ultraderecha’. Bien mirada, esta finalidad se da de bruces con las ideas del pluralismo político y la democracia no militante. Utilizo las expresiones entrecomilladas porque con ellas arrancó en nuestro país el proceso político de la amnistía²². De la pulsión autoritaria latente se han hecho eco muchos comentaristas, no todos con la eficacia del escritor Javier Cercas:

que la izquierda sea moralmente superior a la derecha [...] es la idea más venenosa de cuantas circulan por el mercado político español, sobre todo para la propia izquierda; [...] si la izquierda se desentiende de la democracia (o si su compromiso con ella se vuelve evanescente o retórico), deja de ser izquierda: la democracia es la condición de posibilidad de la izquierda (J. Cercas, «La mayor victoria de Pedro Sánchez», *El País* 1-VII-2025, p. 11).

La posición del AG es muy clara: una amnistía política solo puede justificarse por un objetivo de *reconciliación*²³. La búsqueda de cualquier otro y, en particular, el de *gobernación* —posibilitar la investidura para llevar a cabo el programa progresista de la coalición evitando el riesgo de alternancia política—, necesariamente determinaría la descalificación del acto de aprobación, bien por entrañar una discriminación no justificada, contraria a los arts. 20 y 21 CDFUE²⁴, bien

²⁰ V., por ej., Saiz Arnaiz, 2024, p. 97, con más referencias; v. también, en la misma línea, pese a considerar la amnistía moralmente detestable, Hierro, 2026, ap. 4.2.

²¹ Recuérdese que la Comisión excluye de raíz la posibilidad misma de utilizar la amnistía para lograr la investidura. Es otra derivada del argumento de la ‘autoamnistía’: «si hay respaldo para considerar que las autoamnistías en las que quien ostenta el poder político pretenden blindarse garantizándose su inmunidad jurídica son contrarias al principio de Estado de Derecho, parece que el mismo criterio habría que aplicar cuando quien está en el Gobierno garantiza la impunidad de sus socios a cambio del apoyo parlamentario» (Observaciones, § 94); para una mayor elaboración de este argumento, v. Paz-Ares, 2024, pp. 78-86.

²² La referencia más elocuente se registra más adelante (v. *infra* texto y nt. 53).

²³ Conclusiones, § 90.

²⁴ Conclusiones, §§ 124-127.

por representar un abuso o desviación de poder, incompatible con los principios europeos del estado de derecho (arts. 2 TUE) o —para decirlo con nomenclatura doméstica— un acto de «arbitrariedad de los poderes públicos», incompatible con las exigencias de nuestra Constitución (art. 9.3 CE)²⁵. Esto último ha sido reconocido incluso por el TC:

[s]i del análisis riguroso de la ley resulta la ausencia de otra finalidad que no fuere la pura transacción partidista [de la investidura], la ley será arbitraria (STC 137/2025, FJ 7.2 b).

En definitiva, si la ley se hubiese llamado *Ley Orgánica de Amnistía para la investidura del Gobierno de España*, habría sido rechazada sin mayor miramiento tanto por el AG como por el TC. El *quid* o la gracia de esta conclusión estriba en la perplejidad a que aboca. Todos sabemos con certeza que la gobernación o investidura fue, en el mundo real, la auténtica finalidad de la Ley de Amnistía²⁶. ¿Cómo es posible entonces que no se dude en descalificar la medida en la hipótesis de que su ‘finalidad oficial’ sea la investidura y que, en cambio, la descalificación se rechace, por el solo hecho de no declararse o consignarse como finalidad oficial, cuando todo indica que aquella fue su ‘finalidad real’? Esto es algo chocante cuando menos. Algo que hay que explicar, pues en la esfera laica no resulta fácil aceptar que la ley se reduzca a un mero conjunto de palabras completamente abstraídas o independizadas de las circunstancias y propósitos que las motivaron.

La cuestión nos sitúa ante un rompecabezas de la teoría del derecho, que no me gustaría banalizar con una presentación maniquea. La verdad es que el AG no elabora nada sobre el particular. Uno podría preguntarse entonces si hace suya la tesis de la suficiencia o *autosuficiencia de la finalidad declarada* del TC, conforme a la cual la única finalidad jurídicamente relevante —de ahí precisamente su ‘autosuficiencia’— es la ‘finalidad oficial’, la que proclaman o se desprende de las palabras de la ley. Mi impresión es que la respuesta del Abogado General a esta pregunta sería, una vez más, negativa. En ningún momento de sus Conclusiones presupone el AG la irrelevancia de la ‘finalidad real’ ni relega esta a la esfera de los motivos particulares de los parlamentarios; antes al contrario, como veremos pronto, remarca su importancia. Su fidelidad a la doctrina del TJUE e incluso del TEDH, le impediría además abrazar la tesis exclusivamente semántica del TC y desaprovechar los resquicios que deja la jurisprudencia de sendos tribunales europeos para la lectura pragmática. Porque de lo que no hay duda —lo veremos también muy pronto— es de que esos resquicios existen, otra cosa es que no resulte fácil establecer su alcance (v. *infra* § 6).

Siendo así, necesariamente se impone reconocer algún límite a la ‘autonomía semántica’ de la finalidad declarada. Llamo *autonomía semántica de la finalidad declarada* a la independencia de la finalidad oficial o declarada respecto de la finalidad real del mismo modo que acostumbra a llamarse *autonomía semántica de la norma establecida* a la independencia del texto a través de la

²⁵ Me he referido a la finalidad de posibilitar la investidura, pero también podría haberlo hecho a la de rectificar una decisión judicial. Es inútil por ello añadir que la pregunta contrafáctica podría haberse planteado igualmente en estos otros términos: ¿qué hubiese pensado el AG si la ley se hubiese llamado *Ley Orgánica de Amnistía para la desjudicialización del conflicto político de Cataluña* y en su exposición de motivos se hubiese justificado la iniciativa apelando a la necesidad de evitar que los jueces impusiesen su criterio en la calificación de los actos del *procés*. Para facilitar la exposición aludiré solo a la gobernación o investidura, aunque cuando hable de ellas normalmente deberá entenderse implícita también una alusión a la desjudicialización. No en vano fue ese el intercambio sustanciado entre las formaciones políticas que pactaron la investidura: unos querían asegurarse el gobierno del país y, a cambio de ello, otros requerían desjudicializar el conflicto político, es decir, descriminalizar lo que, según su lenguaje, habrían indebidamente ‘criminalizado’ los jueces (volveré luego sobre este extremo: v. *infra* § 6 b).

²⁶ Incluso sus promotores lo han reconocido sin recato, al menos en el momento inicial, como acabamos de recordar (v. *supra* nt. 22; v. también *infra* nt. 53). Más tarde, cuando cayeron en la cuenta de que tenían que actuar estratégicamente, recularon. Este giro es muy revelador, según he explicado con algún detalle en otra parte (v. Paz-Ares, 2024, pp. 212-218).

cual se expresa respecto de su justificación subyacente. La autonomía semántica sirve en el primer caso para enjuiciar la validez de las normas y en el segundo, para determinar su alcance o ámbito de aplicación. Sostengo que la autonomía semántica de la finalidad declarada es, al igual que la autonomía semántica de la norma establecida, una autonomía derrotable, es decir, relativa, no absoluta. Aquí reside el meollo de mi argumento.

Antes de desgranarlo parece oportuno hacer algunas puntualizaciones sobre el uso que hacemos del concepto de ‘autonomía semántica’.

a) El concepto ha sido reelaborado en la teoría del derecho por Frederick Schauer con el fin de identificar la característica definitoria de las reglas jurídicas, que se hace residir cabalmente en su independencia u opacidad frente a la finalidad que las justifica²⁷. La autonomía semántica determina que las reglas deben aplicarse tal cual están textualmente formuladas con independencia de que esa aplicación satisfaga en mayor o menor medida su justificación subyacente. Las reglas no cumplirían su función como tales reglas si no estuviesen mínimamente atrincheradas por el texto que las define o resultasen totalmente transparentes al principio o balance de principios que la justifican. Dejarían de ser reglas para colapsar con los fines y principios subyacentes.

Ahora bien, todos sabemos —y nuestra experiencia como juristas lo confirma cotidianamente— que la ‘autonomía semántica’ no significa *estanqueidad semántica*. Con frecuencia el aplicador del derecho se ve obligado a ampliar el ámbito de la regla más allá de lo que indica su texto (ampliación analógica) o a reducirlo más acá (reducción teleológica) o a rectificarlo de alguna otra manera (corrección del derecho defectuoso) para preservar su finalidad (*ratio legis*). Esas operaciones teleológicas de ajuste del texto representan en todo caso la excepción en la vida del derecho y sólo resultan admisibles en la medida en que el beneficio derivado de realizar íntegramente la finalidad de la norma sea superior al coste de no respetar su literalidad en términos de calculabilidad o previsibilidad del derecho, eficiencia en la administración de las normas, control de la distribución del poder, etc. Todo esto es bien sabido²⁸. De ello deriva una necesaria relativización de la ‘autonomía semántica’ en el plano de la *determinación del alcance de las normas*. Aunque de ordinario es el que resulta del texto, excepcionalmente puede ser el que resulta del contexto o subtexto, determinado por su finalidad. Por esta razón solemos precisar que, en la práctica, las reglas no son propiamente razones concluyentes, sino simplemente razones reforzadas para actuar, y que la mejor forma de definir la operación de nuestro sistema jurídico es el de ‘positivismo presuntivo’²⁹.

b) Incidentalmente observo que la idea convencional de ‘autonomía semántica’ y la estrategia deliberadamente ‘legalista’ seguida por el TC en la sentencia de la amnistía ha presionado sobremanera para hacer estancas incluso las reglas constitucionales (declaradas por la Constitución o decantadas por la jurisprudencia constitucional) a los principios de más largo alcance que las inspiran. De este modo, me temo que la *deferencia* debida a las reglas (que de por sí debería rebajarse considerablemente a la vista de las anomalías detectadas anteriormente: v. *supra* § 3) ha acabado en ocasiones degenerando en *adoración* (para decirlo con una expresión difundida en la discusión sobre el utilitarismo de reglas). La consecuencia de ello ha sido la adopción por parte del TC de una actitud abiertamente abstencionista que, a mi modo de ver, se compadece tan mal como la abiertamente activista con el papel de un juez constitucional deferente³⁰. Adoración y abstencionismo explican que el Tribunal haya rehuido por completo la aplicación del principio de proporcionalidad o no haya considerado aplicable directamente, más allá de las concretas reglas o subprincipios que lo componen, el principio del estado de derecho del art. 1.1 CE (v. STC 137/2025, FJ 11.2). De ahí que, por ej., la ‘autoamnistía’ se deje fuera de control precisamente por no conculcar ninguno de los subprincipios de marras (separación de poderes, independencia judicial, tutela judicial efectiva, etc.).

c) En todo caso, como se ha advertido, en estas páginas el concepto de ‘autonomía semántica’ se utiliza fundamentalmente en un sentido distinto del convencional referido anteriormente, aunque con la misma relatividad. La problemática con la que hemos de vérnoslas ahora no es la de discernir el alcance de las leyes en caso de divergencia extensional entre texto y finalidad de la norma, sino la de *enjuiciar la validez o regularidad de las leyes* —en particular, la de la Ley de Amnistía— en caso de divergencia intencional entre la finalidad consignada en el texto y la finalidad deducida del contexto, entre las que vengo denominando finalidad ‘oficial’ y finalidad ‘real’. La cuestión solo adquiere relevancia cuando la finalidad real se revela ilegítima, pues esa ilegitimidad puede acarrear la de la ley con las consecuencias que procedan en cada caso, sea la invalidez de la ley

²⁷ V. Schauer, 2004, pp. 113 ss.

²⁸ *Ibid*, pp. 197 ss.

²⁹ *Ibid*, pp. 266-269.

³⁰ Esta actitud es destacada incluso por algunos defensores de la sentencia de la amnistía (v. Velasco, 2025, pp. 525-530). Para un apunte eficaz sobre el modelo de juez deferente entre los extremos del juez activista y el juez abstencionista, v. Bayón, 2017.

(si la finalidad se declara contraria a la Constitución) o su inaplicabilidad (si la finalidad se declara contraria al derecho de la Unión). Resulta poco relevante cuando ambas finalidades se revelan legítimas, lo que no sucede tan esporádicamente como a veces se piensa. Debido al carácter a menudo más estratégico que cooperativo del lenguaje legislativo, no es infrecuente que los legisladores, como recuerda Andrei Marmor, pretendan crear la impresión de que están haciendo una cosa —por ejemplo, restringir las contribuciones a las campañas de los partidos políticos— mientras que realmente están haciendo lo contrario —por ejemplo, facilitar que lleguen tales contribuciones, pero menos transparentemente, por ejemplo—. Estos casos de ‘doble discurso’ no tienen mayor transcendencia (a efectos de validez, sí a efectos de buen gobierno o buena administración) si lo que realmente se consigue, aunque sea más opaco, no es ilegítimo desde el punto de vista del derecho superior (la constitución, el derecho europeo, etc.)³¹.

En los tres apartados que siguen desgano el argumento esbozado. En el primero muestro que la tesis de la autosuficiencia o estanqueidad semántica de la finalidad declarada es incompatible con la doctrina del TJUE e incluso con nuestra propia Constitución (v. *infra* § 5). En el segundo, compruebo que, a diferencia de lo que sucede con el TC, el AG en verdad parte de la premisa de que la relevancia de la finalidad oficial o declarada está supeditada a su autenticidad —es decir, a su condición de motivo determinante o preponderante de la acción del legislador— y que, justo por esta razón, su argumento es inconsecuente (v. *infra* § 6). Y en el tercero, traigo a colación la doctrina del *propósito ulterior* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), bajo cuya luz se hace directamente inteligible todo lo anterior y, en definitiva, la ilegitimidad de la Ley de Amnistía tanto en el plano del derecho europeo como en el del derecho constitucional español, debidamente interpretado este (v. *infra* § 7). En estos tres puntos reside el grueso del trabajo, que se cierra luego con una breve consideración sobre el legalismo autocrático (v. *infra* § 8).

5. Estanqueidad semántica propugnada por el TC: crítica

El primer paso del razonamiento anunciado consiste en presentar la tesis semántica en toda su radicalidad. Nada mejor a tal efecto que repasar la sentencia sobre amnistía del Tribunal Constitucional, en la que el paradigma queda perfectamente dibujado. El TC parte del presupuesto de que, en el ámbito del poder legislativo, carece de sentido hablar de una finalidad *real* del legislador distinta u opuesta a su finalidad *oficial*. La única finalidad relevante es la declarada en el texto de la ley (o inferida de este en vía interpretativa). Ello es así —viene a decírsenos— porque la ley es un producto objetivado, es el texto resultante, no el contexto causante:

si la Ley de amnistía responde a un interés particular inidóneo para justificar, desde la óptica del art. 9.3 CE, el ejercicio legítimo de la potestad legislativa es algo que este tribunal solo puede determinar ejerciendo escrupulosamente su jurisdicción, a través de *un examen jurídico del texto normativo* que es objeto de enjuiciamiento (STC 137/2025, FJ 7.2 a).

En otras palabras, la ley no tiene otro fin que el que «*la propia ley enuncia como propio*»³²: «no cabe confundir las motivaciones últimas que puedan subyacer a un determinado acto de legislación (más allá de lo que declare [...] el preámbulo) con las normas en él establecidas» (STC 137/2025, FJ 3.2.1). «Los motivos o intenciones de quienes l[o] promovieron» constituyen «*una cuestión ajena a lo jurídico*» (FJ 6.3). La «voluntad del legislador no puede confundirse con la de cada parlamentario que concurre, con su voto, a la formación de la voluntad de la Cámara» (FJ 7.2 b) y, por tanto, «las intenciones de los parlamentarios que han votado a favor de la ley [...] no

³¹ Marmor, 2011, p. 156. Sobre la problemática de la indeterminación pragmática en el derecho, aparte de la síntesis ofrecida en el manual citado (v., pp. 146 ss.), puede verse Marmor, 2008, pp. 423 ss.; v. también, con un ángulo más crítico, Ekins, 2012, pp. 236-243.

³² Velasco, 2025, p. 511.

constituyen objeto de nuestro control» (FJ 7.3.1). El «debate procesal que se desarrolla en esta sede [...] tiene por objeto normas, no intenciones» (FJ 11.4 *in fine*), etc. El error no está tanto en lo que dice el TC, sino —como digo— en la radicalidad con que lo dice. La legislación es ciertamente un proceso de objetivación, pero un proceso de objetivación no puede confundirse con un proceso de cristalización capaz de convertir la ‘autonomía semántica’ en verdadera estanqueidad, la prioridad de la finalidad oficial sobre la real en prioridad lexicográfica o —lo que es lo mismo— la presunción de coincidencia de la finalidad oficial y la finalidad real en presunción *iuris et de iure*.

Ahí —en la inadmisión de la prueba en contrario— radica el nervio del asunto. Pues el hecho de que por lo general haya que dar prioridad a la vertiente semántica del significado —a lo que se desprende del texto de la ley, incluso de su exposición de motivos— no significa que haya de descartarse su vertiente pragmática, lo que se deduce del contexto ‘extralingüístico’ en que nace la ley, al menos cuando tal significado emerge con *indisputable claridad*. La fisiología ordinaria no debe servir de excusa para desconocer la patología extraordinaria. La ‘autonomía semántica’, no solo la convencional, también la aquí aludida ahora, es siempre relativa. En consecuencia, si excepcionalmente puede probarse que la finalidad real o contextual es ilegítima y que dicha finalidad ha trascendido de alguna forma al proceso legislativo, habrá que concluir que afecta a la validez de la ley³³. La concepción de la ley como un simple conjunto de palabras no puede llevarse al extremo. Las leyes han de verse también como expresión de intenciones colectivas y como artefactos dotados de un propósito o finalidad. Aunque intención y finalidad y razón justificativa son tres cosas distintas, se funden con frecuencia en la idea de que el trabajo del juez es entender el sentido y dar sentido a la ley, más que seguir servilmente sus palabras.

Podemos convenir en la dificultad empírica de probar las intenciones del legislador, no en su imposibilidad conceptual, que es lo que en última instancia postula un TC partido por la mitad (seis votos contra cuatro) cuando afirma de manera apodíctica que no cabe «levantar el velo» ni «esperar de este Tribunal un ejercicio de realismo político [...] para indagar y valorar hechos políticos subyacentes que explicarían, en última instancia, las intenciones de los parlamentarios que han votado a favor» (STC 137/2025, FJ 7.2 b). Nuestra opinión es muy resuelta: el formalismo jurídico no puede sustituir completamente, so pena de degradar la dimensión material del estado de derecho, el ‘realismo político’. La averiguación de las intenciones del legislador constituye una cuestión epistémica y, como tal, puede ser elucidada por medio de los procedimientos ordinarios para descubrir y establecer los hechos³⁴.

Dicho más exactamente, la dificultad epistémica de escrutar los estados mentales de los diputados no puede blandirse como argumento para descartar la posibilidad de imputar una intención a un grupo. Es posible elaborar una idea de agencia colectiva, que no presuponga ‘entes colectivos’, sino entramados complejos de reglas de imputación³⁵. De hecho, en la vida ordinaria no encontramos impedimento alguno en atribuir intenciones a grupos, organizaciones o instituciones, sea por medio de *intenciones representativas* (identificamos ciertos individuos cuyas intenciones cuentan como intenciones del grupo), sea por medio de *intenciones compartidas* (como sucede en nuestro caso, en el que no resulta difícil suponer que muchas personas tengan las mismas

³³ Observo en todo caso que los episodios de ruptura o derrota de esta forma de ‘autonomía semántica’ son considerablemente más excepcionales y raros que los de la autonomía semántica convencional, que están a la orden del día. La quiebra de aquella ‘autonomía semántica’ es una anomalía o patología que difícilmente se verificará en un parlamento bien ordenado. Tal vez por eso la ponderada monografía de Ekins (2012), enfocada sobre el parlamento británico, con sus normas y convenciones de salvaguarda, ni siquiera se lo plantea.

³⁴ Marmor, 2001, p. 220.

³⁵ Cfr. Bayón, 2017, p. 71.

intenciones)³⁶. Esa imputación ha de ser posible especialmente allí donde la disciplina de voto partidista opera con mano de hierro y las circunstancias permiten presumir la comunión de todos o casi todos los diputados con los objetivos reales.

Hay que tener en cuenta además que no tiene sentido prescindir radicalmente de las intenciones de quienes participan en el proceso legislativo. Si asumiéramos que las leyes que hacen los diputados no representan sus intenciones, tendríamos que asumir que el hecho de que estas sean estúpidas o sabias, parciales o imparciales, interesadas o desinteresadas, *self-serving or public-spirited*, resulta indiferente, lo cual es irracional. Una premisa así solo resultaría aceptable si pudiéramos confiar en algún mecanismo tipo ‘mano invisible’ que asegure la bondad o deseabilidad de las leyes con independencia de las creencias e intenciones de los diputados, pero ese mecanismo smithiano o hayekiano difícilmente puede operar en parlamentos dominados por partidos (cfr. Raz, 2009, p. 275). La dificultad epistémica por tanto es solo eso, una dificultad, que puede ser superada con procedimientos probatorios más o menos sofisticados, o más o menos exigentes.

La dificultad epistémica no ha supuesto desde luego un obstáculo insalvable en la jurisprudencia europea. Cuando hace falta, esta sabe perfectamente cómo pasar del modo ‘semántico’ al modo ‘pragmático’³⁷. Para ilustrarlo bastará con recordar un solo episodio, el más simple quizá, de la tortuosa reforma judicial en Polonia³⁸. Me refiero a la aprobación por el parlamento de ese país de la ley que rebajó a 65 años la edad de jubilación de los magistrados. Pese a que la finalidad oficialmente proclamada fue la de armonizar la edad de jubilación con la del resto de trabajadores y fomentar una estructura de antigüedad más equilibrada en la judicatura, el TJUE no tuvo inconveniente en considerar que la realmente perseguida fue propiciar la remoción de su cargo de los magistrados más incómodos del Tribunal Supremo y, sobre esa base, resolver que la ley suponía una amenaza para la separación de poderes³⁹. Tan claro lo vio que dictó una medida cautelar ordenando la suspensión de la aplicación de la reforma bajo la conminación de multas coercitivas de un millón de euros diarios.

Puede decirse, así pues, que el Tribunal europeo ignoró el contenido asertivo del texto legislativo mientras atendió al contenido comunicado en el contexto, del que infirió que el propósito dominante de la reforma era controlar el Tribunal Supremo con el resultado inevitable de minar la independencia judicial, uno de los principios básicos del estado de derecho (arts. 2 y 19 TUE). Los argumentos aducidos fueron de diversa índole, pero se basaron fundamentalmente en evidencias circunstanciales, en la escasa idoneidad de las medidas emprendidas y en la no necesidad de hacerlas retroactivas de inmediato para conseguir el fin buscado de la armonización de la edad de jubilación, algo similar a lo que, a mi modo de ver, debió haber sucedido —y no

³⁶ Cfr. Marmor, 2001, pp. 206-212.

³⁷ El TC cree haber orillado este escollo mostrando la escasa pertinencia de las sentencias del TJUE alegadas por los recurrentes en el caso de la amnistía (v. STC 137/2025, FJ 7.3.1). No obstante, tal vez porque es consciente de la mayor receptividad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (e incluso del TEDH) al argumento pragmático, especialmente en materias sensibles del estado de derecho, se ha sentido en la necesidad de curarse en salud puntualizando de antemano que, en todo caso, los pronunciamientos europeos “*no pueden constituir canon autónomo de enjuiciamiento constitucional*” (v. STC 137/2025, FJ 7.3.1). Sobra decir que la puntualización no es exacta o no lo es del todo: el principio de interpretación conforme al derecho europeo obliga también al juez constitucional.

³⁸ La última sentencia y más general es la STJUE 5-VI-2023, asunto C-204/21, §§ 91-110 y 112; v. también STJUE 2-III-21, asunto C-824/18; STJUE 15-VII-2021, asunto C-719/19, § 157; etc. Estas controversias y otras ya anteriores (v. STJUE 6-XI-2012) se inscriben en un escenario marcado en los últimos años por el protagonismo del Tribunal de Justicia en defensa del estado de derecho y por el progresivo afinamiento y refinamiento de las armas jurídicas de respuesta a la regresión democrática de diversos países, singularmente, de Polonia y Hungría.

³⁹ V. STJUE 24-VI-2019, asunto C-619/18, especialmente §§ 80-97.

sucedió— con la Ley de Amnistía en España⁴⁰. En suma, lo que vino a decir el TJUE es que, si bien la finalidad oficial era legítima, el contexto real hizo desvanecerse su credibilidad:

[el contexto] permite albergar dudas en cuanto a que la reforma acometida tuviera realmente por objeto armonizar la edad de jubilación de esos jueces con la aplicable al conjunto de los trabajadores y optimizar la estructura por edades de los miembros de dicho Tribunal con responsabilidades directivas (STJUE 24-VI-2019, § 84).

De este modo, el Tribunal de Justicia rechaza de plano el axioma sobre el que se construye la sentencia doméstica de la amnistía («Una cosa es [...] el fin de la ley y otra la intención última de los autores»: STC 137/2025, FJ 7.2 b). Su conclusión a partir de ahí no podía ser más que esta:

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede declarar que la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) *a los jueces de ese Tribunal en ejercicio no está justificada por un objetivo legítimo*. Por lo tanto, dicha aplicación viola el principio de inamovilidad del juez, inherente a su independencia (STJUE 24-VI-2019, § 96) / De ello se sigue que la primera imputación de la Comisión, basada en la infracción [del principio de independencia judicial] del artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, debe ser estimada (STJUE 24-VI-2019, § 97).

La lógica que inspira al Tribunal es similar o cercana a la que preside el art. 18 CEDH, es decir, la lógica de *la desviación de poder*: una medida formalmente legítima puede ser incompatible con el estado de derecho si, por su diseño y contexto, permite alcanzar fines incompatibles con la independencia judicial. Sostiene incluso que no hace falta probar intención subjetiva ni conspiración; basta el riesgo estructural. El fantasma del deterioro institucional asociado al legalismo autocrático recorre, no sin dramatismo, la STJUE 24-VI-2019.

Por lo demás, no debe olvidarse que la idea de estanqueidad semántica y la prioridad puramente lexicográfica a que conduce resultan insostenibles desde el punto de vista estrictamente positivo. *Analíticamente equivalen a anular el control de arbitrariedad sancionado por el art. 9.3 CE in fine*⁴¹. Pues asumiendo como hipótesis metodológica que ningún legislador en sus cabales —como ningún reo en los suyos— confiesa en público lo que es poco confesable, la conversión de la declaración del legislador en dogma de fe inexpugnable conduce a excluir de antemano la posibilidad de verificar si ha actuado o puede haber actuado con una intención aviesa o torcida y, con ella, la posibilidad misma del control de desviación de poder del legislativo. La única manera de garantizar un contenido mínimo a la cláusula positiva de interdicción de la arbitrariedad es configurando la prioridad del texto sobre el contexto como una prioridad no absoluta, como una prioridad o presunción cualificada o muy cualificada si se quiere, pero relativa o *iuris tantum*, refutable acreditando más allá de toda duda razonable que la finalidad primordial no coincide con la declarada. Esta exigente condición no se discute: de la fortaleza cualificada de la prioridad o presunción depende críticamente el funcionamiento ordinario de una democracia parlamentaria.

⁴⁰ Son relevantes a este propósito las consideraciones que dimanarían del principio de proporcionalidad (v. Paz-Ares, 2024, pp. 106-138).

⁴¹ Sobre el sentido de la cláusula en el constitucionalismo doméstico y foráneo (el caso suizo es de interés), v., por todos, Tomás Ramón Fernández, 2016, pp. 83 ss. (esta obra ofrece el producto destilado de sus tres libros sectoriales sobre la materia).

El propio TC es consciente de que ha podido ir demasiado lejos en su defensa de la prioridad lexicográfica y de su particular teoría de la estancueidad semántica. Tanto que no se le ocurre otra cosa para salvar su razonamiento que terminarlo con esta nueva pirueta dialéctica:

Todo lo anterior no significa, sin embargo, que haya de validarse sin más toda explicación expresa aportada por el legislador. Lo importante, cabe insistir en ello, es el análisis jurídico [lo que aquí se ha llamado análisis semántico] de la ley impugnada. Si el legislador pretende alcanzar con ella una finalidad espuria es, en definitiva, algo que este tribunal solo puede determinar legítimamente analizando el objeto normativo sobre el que versa su enjuiciamiento, y no a través de un juicio de intenciones políticas (STC 137/2025, FJ 7.2 c); en términos parecidos ya se había expresado en el FJ 7.2 a).

Recomiendo al lector que vuelva a leer el paso transcrito con mayor pausa. Advertirá que el intento de salvación ensayado por el TC no puede correr mejor suerte que el del Barón de Münchhausen. La contradicción profunda de su argumento —el Tribunal trata de nadar y guardar la ropa a la vez— aflora con claridad. Es pragmáticamente inconsistente afirmar la disponibilidad del Tribunal a controlar la finalidad espuria del legislador y, al propio tiempo, sostener que el carácter espurio de la finalidad solo puede acreditarse con el texto de la ley. Es tanto como fiar cualquier condena a la confesión del reo⁴². Comprobaremos además que, incluso asumiendo su criterio, en nuestro caso debe llegarse a la conclusión contraria, pues hay datos tanto en la exposición de motivos como en el articulado de la Ley de Amnistía en el que el propio legislador se delata (v. *infra* § 6 b) *in fine*).

6. Apertura pragmática del AG: autenticidad de la finalidad

El siguiente paso de nuestro razonamiento tiene por objeto mostrar que, aunque lo parezca, el AG no comete el mismo error que el TC. Su planteamiento deja más espacio a la pragmática. Una lectura detenida de sus Conclusiones permite constatar, en efecto, que la eficacia legitimadora de la finalidad declarada queda supeditada a la prueba de su autenticidad empírica⁴³. El AG se toma la molestia de repasar la jurisprudencia del TEDH sobre amnistías justo con el propósito de destacar la necesidad de que el objetivo reconciliatorio sea, como indica el sentido común, el auténtico objetivo perseguido por el legislador o al menos, en el caso de que existan varios, el objetivo principal. En el espacio de menos de una página, insiste hasta en cuatro ocasiones en la exigencia de que la amnistía «se inscriba en un *marco creíble* de justicia transicional»; responda a «un *verdadero* proceso de reconciliación nacional»⁴⁴; «se enmarque en un *verdadero* proceso de atribución de justicia que asocie reparación para las víctimas y, en su caso, reconciliación»⁴⁵; y se adopte «en un *contexto real* de reconciliación política y social»⁴⁶. La insistencia es fácil de

⁴² Imagínese que el parlamento de la Comunidad Autónoma de Murcia dicta una ley prohibiendo el uso de instalaciones deportivas para usos religiosos a propuesta de Vox y a la vista del conocido antecedente del Ayuntamiento de Jumilla. Del contexto podría inferirse sin dificultad que la finalidad declarada (reservar las instalaciones deportivas solo para usos de esta naturaleza) oculta un atentado contra la libertad religiosa de los musulmanes y el principio de igualdad como, con razón esta vez, sostuvo el Gobierno (v., por ej., *El País* 11-VIII-2025; “El Gobierno impugna el veto de PP y Vox a las celebraciones islámicas en Jumilla”). Agradezco a Víctor Ferreres haber llamado mi atención sobre este ejemplo tan ilustrativo.

⁴³ *Rectius*, a la no refutación de la presunción de autenticidad que la ampara.

⁴⁴ Conclusiones, § 82.

⁴⁵ *Ibid*, § 84.

⁴⁶ *Ibid*, § 90.

comprender dado el riesgo inherente a este instrumento de gracia de ser adulterado o empleado con fines bastardos en el marco de estrategias políticas de dudosa calidad democrática.

Es cierto sin embargo que, después de tanto insistir en la autenticidad, concluye —algo precipitadamente, algo decepcionantemente y sin el menor atisbo de análisis crítico de la verosimilitud de tal finalidad de reconciliación— que

así parece suceder en el presente caso, como sugiere la propia finalidad de la [Ley], expresada en su título oficial: «Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (Conclusiones, § 90; insiste en lo mismo, al descartar una discriminación por razones ideológicas, en los §§ 126-128).

Justamente aquí nos percatamos de la levedad de su análisis tanto en plano jurídico como en el fáctico. En el plano jurídico, uno echa de menos que el examen de la jurisprudencia del TEDH no se haya extendido a su doctrina sobre la desviación de poder a la luz del art. 18 CEDH, todo menos que impertinente en este caso como veremos más tarde (v. *infra* § 7). Y en el plano fáctico, a uno le cuesta entender que el AG no haya dudado de la autenticidad o credibilidad del objetivo declarado a la vista de los antecedentes notorios de la amnistía, de los cuales en este momento será suficiente con destacar dos.

a) Uno reside en la circunstancia misma de la *mayoría raspada* con que fue aprobada la ley. En este punto, a diferencia de lo que hizo la Comisión⁴⁷, el AG no le sacó al Informe de la Comisión de Venecia todo el rendimiento que podía haberle sacado. El AG coincide con los expertos del Consejo de Europa en afirmar que una amnistía política solo puede justificarse por un propósito de reconciliación⁴⁸. Sin embargo, se separa de ellos cuando ignora o pasa por alto el hecho, de significado cuando menos sospechoso, de que la ley haya sido aprobada por una mayoría simple tan ajustada.

Es archisabido que la Comisión de Venecia sostuvo que la amnistía debía ser aprobada por una mayoría amplia, holgada o cualificada. Esa exigencia no era expresión de un desiderátum desprovisto de relevancia jurídica (¿qué duda cabe de que lo mejor es que cualquier ley se apruebe con el mayor consenso posible!), según han sugerido algunos analistas. Una interpretación tan ligera del mensaje veneciano no resulta convincente. No puede perderse de vista que el mensaje se inserta en un informe sobre la viabilidad jurídica de la medida desde la óptica del estado de derecho (no sobre su conveniencia política)⁴⁹; que los autores del informe son juristas de elevada cualificación, de los que no cabe esperar que den puntadas sin hilo; y, sobre todo, que la referencia a la mayoría cualificada adquiere en el informe fuerza por así decir ‘vertebradora’. No se trata de una simple alusión marginal o de un comentario hecho de soslayo. La pretensión de que la ley fuese aprobada por «una mayoría cualificada apropiada» fue insistente y recurrente. En un texto relativamente breve, sobrio y muy medido, se repite hasta en seis ocasiones⁵⁰. ¿A qué

⁴⁷ Observaciones, 2024, § 95.

⁴⁸ Comisión de Venecia, 2024, §§ 78 y 80.

⁴⁹ Tampoco parece admisible considerar dicha exigencia como una deducción de «la idea racional de Estado de Derecho», y, al propio tiempo, declararla irrelevante desde el punto de vista jurídico (así, sin embargo, Velasco, 2025, p. 522). La idea de estado de derecho, desde el momento que se consagra en el art. 1.1 CE o en el art. 2 TUE, es una idea relevante jurídicamente y ese relieve acompaña a todas sus derivaciones. Esto es algo muy claro en la jurisprudencia europea reciente (v., por ej. STJUE 16-II-2022, asunto C-156/21, §§ 127 y 232).

⁵⁰ Cfr. Comisión de Venecia, 2024, §§ 62, 75, 78, 80, 122 *in fine* y 128.

se debe tanta insistencia? ¿Cómo puede explicarse? A mi juicio, solo de una manera: como exigencia estructural de cualquier amnistía política o, si se prefiere, como condición *sine qua non* de que concurre el objetivo que la justifica. *La reconciliación carece de credibilidad sin una mayoría holgada*⁵¹.

Cuando se anunció la Ley de Amnistía, un titular de *The Economist* (9-XI-2023) resumió inmejorablemente la situación: «Spain's prime minister secures his job, at high cost. An amnesty for separatists may calm some Catalans, but it infuriates other Spaniards». La furia o ira desatada por la decisión no pasó inadvertida a los expertos del Consejo de Europa, que observaron los efectos perturbadores de la amnistía por doquier: en medios académicos, profesionales, políticos, etc., y en la propia sociedad civil, cuyas manifestaciones masivas contra la medida no debieron echarse en saco roto. A los datos inventariados y reelaborados por la Comisión de Venecia, ella misma añade las prospecciones de opinión y recuerda, por ejemplo, que —según *Metroscopia*— el 70% de la población encuestada estaba en contra de la amnistía frente a un 26% a favor⁵². Vistas las «feroces críticas» suscitadas y el «profundo y virulento» enfrentamiento causado por la amnistía en todos los estratos (son siempre palabras y juicios de la Comisión de Venecia), su conclusión fue que el objetivo mismo de reconciliación perseguido con ella estaba en peligro. Y fue precisamente para evitar «sus muy divisivos efectos en la sociedad» la razón por la que los expertos encarecieron la aprobación de la ley por «una mayoría cualificada apropiada».

La premisa implícita en todo su análisis es *la existencia de una correlación directa y necesaria entre credibilidad de la reconciliación y amplitud del consenso*. En el fondo, la Comisión de Venecia se malicia de que la invocación de la reconciliación es una impostura. Ahí veo yo el nervio de su informe: una mayoría exigua o raspada o pelada —y la consiguiente fractura de la representación política en dos mitades irreconciliables que lleva anexa— resulta ella misma divisiva. Mayoría raspada y reconciliación representan, así pues, una *contradictio in adiecto*.

b) El otro antecedente que debió haber llevado al AG a poner en duda la autenticidad o credibilidad del propósito de reconciliación proclamado es el hecho cierto de que la Ley de Amnistía se fragua como *condición de la investidura* del Gobierno entre los partidos políticos de la coalición. No confundo motivos y fines. Únicamente constato que, a menudo, unos y otros se superponen. Por lo demás, lograr la investidura no solo fue un simple motivo de quienes buscaban mantenerse en el poder, también incorporaba una finalidad determinada —solo que insuficiente para justificar una amnistía, como vimos antes (v. *supra* § 4 *ab initio*)—, cual era posibilitar el desarrollo de un ‘programa de progreso’. El Presidente Sánchez no pudo expresarlo con mayor claridad cuando, a la vista de los resultados electorales, puso en marcha el proceso:

en nombre de España, en el interés de España, en defensa de la convivencia entre españoles, definiendo hoy la amnistía en Cataluña [...] porque esta es la única vía posible

⁵¹ La mayoría holgada debe interpretarse en sentido amplio, que comprende tanto una mayoría afirmativa amplia, cuanto una mayoría más restringida pero sin oposición relevante (son oportunas al propósito las observaciones de Aguado, 2024, pp. 83-85). La inexistencia de oposición relevante indica que la mayoría no es divisiva.

⁵² V. Comisión de Venecia, 2024, §§ 32 y 98. Aunque no cita dicho informe, el AG se hace eco del «debate profundo y virulento» causado por la amnistía en las instituciones, la clase política y la sociedad españolas (Conclusiones II, § 4).

para que haya un Gobierno en España y no dar a Feijóo y Abascal una segunda oportunidad de formar un gobierno que nos haga retroceder décadas en sólo unos años⁵³.

Añádase a ello que en vísperas de las elecciones ninguno de los partidos integrantes de la coalición de investidura consideraba idónea la amnistía para la reconciliación. Los que la rechazaban (básicamente el PSOE), porque entendían que podía envenenar la convivencia: su entendimiento era que la política de concordia había llegado al límite del precipicio con los indultos y la reforma penal y que dar un paso más significaría salirse o despeñarse fuera de la zona de equilibrio con riesgo cierto y grave de ahondar en la división en lugar de propiciar la reconciliación (como luego confirmaría la Comisión de Venecia⁵⁴). Y los que la reclamaban (especialmente Junts y ERC, pero también Sumar y Podemos, etc.), porque consideraban que era necesaria, no para promover la reconciliación (de la que los nacionalistas abominaban), sino por una razón radicalmente distinta —y radicalmente incompatible con el principio de separación de poderes—, cual era la de deshacer la injusticia que estimaban cometida por los tribunales en la aplicación del Código Penal a los catalanes insurrectos y, en definitiva, para rectificar o casar la sentencia del *procés* del Tribunal Supremo y las que imaginaban serían su secuela en relación a otros procesados. En eso consiste precisamente la famosa ‘desjudicialización’⁵⁵. ¿No hay acaso razones para dudar de la autenticidad de la finalidad declarada en el texto de la ley cuando el contexto —todo lo que decían unos y otros públicamente el día antes y algunos dejaron después registrado en el diario de sesiones del Congreso y del Senado— indica de forma apabullante que ninguno de los partidos que la promueven y acuerdan creía de verdad en la reconciliación?

La reconciliación fue un pretexto. El verdadero objetivo de la amnistía fue la gobernación (la investidura). La explicación de la amnistía como fruto de la negociación de un programa común por parte de los partidos integrantes de la coalición de investidura es ciertamente exacta. Lo que no es exacta es la visión de esa negociación como *business as usual*, en el que la amnistía se hace aparecer como una concesión más hecha por una parte a favor de otra para obtener su apoyo, como si fuera la cesión de los trenes de cercanías a la Generalitat de Cataluña o un ajuste exigido por la contraparte en la política de vivienda. Ahí está el error. La amnistía, como remedio excepcional, no se presta para servir como moneda de cambio en una transacción política. El propio AG subraya esta idea en diversos momentos. Uno es cuando recuerda el peligro que le es connatural «en los períodos de turbulencias políticas», a saber: que «*las fuerzas políticas recurr[a]n a la amnistía como medio de extender y consolidar el poder*»⁵⁶. Otro, cuando precisa su especialidad teleológica:

[s]olo una amnistía estrictamente delimitada y que se enmarque en un verdadero proceso de atribución de justicia, que asocie reparación para las víctimas y, en su caso, reconciliación puede considerarse compatible con las obligaciones positivas que recaen sobre los estados parte del CEDH (Conclusiones, § 84).

Pero en este caso la amnistía porta consigo además un pecado original que amplifica o acentúa su ilegitimidad desde el ángulo tanto de los principios europeos del estado de derecho como de la Constitución española. No me refiero ya al hecho del intercambio de favores que colorea el

⁵³ De estas palabras del Presidente ante el Comité Federal de su partido se hizo eco toda la prensa (v., por ej., *El País* 29-X-2023, pp. 22-23). Hay muchos otros testimonios similares que podrían traerse a colación (v. Paz-Ares, 2024, pp. 79-80 y 85-86).

⁵⁴ No puede compartirse por ello la opinión de aquellos comentaristas que especulan con la posibilidad de que, en realidad, la amnistía no fuese incoherente con la política previa del PSOE (v., por ej., López Guerra, 2024, p. 25). Ignoran la lección de Paracelso: *sola dosis facit venenum*. Menos aún la de quienes aventuran que la oposición del PSOE a la amnistía durante la campaña electoral fue una simple ‘mentira piadosa’ (I. Sánchez Cuenca, «El PSOE en el laberinto de la amnistía», *El País*, 16-V-2024, p. 13).

⁵⁵ Este punto, objeto de desarrollo detallado en mi libro (v. Paz-Ares, 2024, pp. 86-97), sería retomado de forma incisiva después por Mestre (2024, pp. 175 ss.).

⁵⁶ Conclusiones, § 2, nt. 6.

acuerdo de autoamnistía, como recalca la Comisión⁵⁷, sino a la finalidad con que, según queda dicho, fue originalmente concebida por sus promotores: la desjudicialización (o rectificación judicial), incompatible con la separación de poderes y la reserva de jurisdicción (art. 117.1 y 3 CE). Una finalidad así no puede ser alterada o borrada sobrevenidamente con un simple cambio de nombre; no más diciendo que lo que antes era rectificación judicial ahora es reconciliación. La desjudicialización no se blanquea con una simple apelación a la reconciliación y al interés general, aunque se repita seis veces, en la exposición de motivos⁵⁸. La irritación producida en el poder judicial por la amnistía no trae causa de su supuesta oposición a una genuina política de concordia, sino de la interferencia del legislador en su labor, una interferencia que ha percibido como desautorización de su calificación del *procés* como delito grave de sedición y confirmación de la acusación difundida con vehemencia por los independentistas, que han tildado las sentencias del Tribunal Supremo de ‘persecución política’.

Por todo ello, quien haya seguido de cerca el proceso no puede menos que leer con sorpresa juicios como este: «no es posible apreciar en la Ley de amnistía la finalidad de crítica o censura al Poder Judicial que los recurrentes le atribuyen»; sin que de la descriminalización de las conductas «quepa derivar valoración legislativa alguna acerca de la actividad jurisdiccional que los órganos judiciales hubieran realizado en el pasado respecto de las conductas que devienen amnistiables» (STC 137/2025, FJ 11.4). Es difícil sustraerse a la sensación de oquedad que producen estas palabras. Pese a todo el esmero puesto en la redacción defensiva de la ley, la idea de desjudicialización ha acabado asomando en ella incluso *expressis verbis*. Hay dos datos especialmente elocuentes. Uno es aquel paso de la exposición de motivos en el que leemos que las Cortes Generales aprueban la amnistía como vía «para abordar desde la política un conflicto político» (Preámbulo, ap. II, 5º párrafo *in fine*). La frase completa suena a algo más que a *excusatio non petita*; es directamente delatora⁵⁹. No habla de delitos, sino de conflicto político; no habla de ilegalidades y desobediencia al derecho; solo habla de política: todo es política y en política —como observó irónicamente un comentarista— no deben intervenir los jueces (De Carreras, 2024, p. 78). En última instancia, la idea de desjudicialización no puede desgajarse del concepto de ‘*lawfare*’ pregonado por los independentistas, un concepto que acabaría aflorando, como es notorio, en el propio *Acuerdo político PSOE-Junts para la investidura*, hecho público el 9 de noviembre de 2023.

El otro dato, aún más delator, está en la propia definición del ámbito objetivo de la amnistía, del que el art. 1.1 LA excluye prácticamente todos los actos delictivos cometidos por quienes se opusieron al *procés* y la secesión (la única excepción son las ‘actuaciones policiales’ previstas en las letra e) y hechos conexos de la letra f). Esta exclusión, en la que insistieron las fuerzas nacionalistas durante la tramitación legislativa, solo puede explicarse como confirmación de que la verdadera finalidad de la ley era ‘desjudicializar’ los actos de afirmación de la independencia y secesión, en cuya calificación delictiva por parte de los jueces los independentistas veían, como se indicó, ‘persecución política’. Lo curioso del caso es que el TC, en vez de interpretar esta asimetría en el tratamiento de partidarios y opositores a la secesión como evidencia positiva de que la desjudicialización formó parte de la finalidad real de la ley, la interpreta —asumiendo una vez más el carácter axiomático de la finalidad oficial— como una simple inconsistencia con la idea de reconciliación, a la que ciñe su intervención correctora (v. STC 137/2025, FJ 8.3.4). De este modo especioso, el Tribunal elude tener que anular toda la ley con base en la ilegitimidad constitucional de su propósito real. Valorando la inconsistencia como una simple infracción del principio de igualdad (art. 14 CE), basta con declarar inconstitucional (‘por omisión’) el art. 1.1 LA. La única consecuencia de este enfoque defensivo consiste en extender, contra la voluntad constatable del legislador histórico, los beneficios de la amnistía a los opositores al *procés* (STC 137/2025, FJ, 8.3.5).

⁵⁷ Observaciones, 2024, § 94.

⁵⁸ Hay que tener cuidado con las palabras: la ‘desjudicialización’ puede ser plausible como expresión de «la potenciación de la capacidad de diálogo», pero inaceptable si se entiende, según la han entendido los nacionalistas, como expediente de «inmunidad de los políticos» (cfr. Aragón, 2024, p. 306).

⁵⁹ Cita completa: «De esta manera, al asumir las Cortes Generales esta decisión de política legislativa no solo no invaden otros espacios, sino que, muy al contrario, y en uso de sus competencias, asumen la mejor vía de las posibles para abordar, desde la política, un conflicto político».

No discuto la lógica de la cirugía menor en el marco general de comprensión o precomprensión de la ley asumido por el TC⁶⁰. Lo que discuto —y objeto— es que el Tribunal no haya tirado de ese hilo para poner en entredicho, con un argumento estrictamente textual, aquel marco general de comprensión y, a partir de ahí, acometer una operación de cirugía mayor. En este aspecto, el razonamiento del Abogado General resulta metodológicamente bastante menos objetable. La razón ahora alegada por este para rechazar la existencia de ‘autoamnistía’ (es decir, para rechazar la ilegitimidad general de la amnistía) no falla normativamente. Falla solo fácticamente, lo cual constituye un error más disculpable dadas las limitaciones de cognición inherentes al procedimiento prejudicial en que interviene. El AG carecía de datos para cuestionar que la amnistía «*opera impersonalmente*», por eso lo afirma. En otros términos, el AG probablemente no pudo reparar en que el art. 1.1 LA estaba llamado a operar asimétricamente, beneficiando solo a los que participaron en el *procés* para «*proteger a un régimen político [léase, al Gobierno independentista de la Generalitat y las fuerzas que lo sustentaron] o a sus representantes frente a posibles actuaciones judiciales*» en lugar de operar simétricamente en beneficio de todos (también de quienes delinquieron con actuaciones en contra del *procés*, con el fin de «*dar respuesta a una situación excepcional con un objetivo declarado de normalización*» o reconciliación⁶¹. La observación es todo menos irrelevante. Permite conjeturar que si el AG hubiese reparado en la asimetría denunciada —como hizo el TC—, no se habría contentado con modificar puntualmente la ley en el sentido aditivo propuesto por el TC. La lógica de su razonamiento le habría conducido a anularla o declararla inaplicable en su integridad por constituir toda ella una ‘autoamnistía’ contraria al principio de estado de derecho.

Resalto estos aspectos porque revisten mucha importancia desde el punto de la Unión Europea. El TJUE ha asumido desde hace tiempo que todos los tribunales nacionales, en la medida en que están llamados a aplicar el derecho europeo, deben ser protegidos frente a cualquier medida estatal, legislativa o ejecutiva, que pueda menoscabar la efectividad de la independencia judicial y la tutela judicial efectiva consagradas en los arts. 19 TUE y 47 CDFUE para el poder judicial de la Unión⁶². La experiencia ha puesto de manifiesto además que la eficacia de la defensa del estado de derecho no reside tanto en los ‘mecanismos políticos’ (art. 7 TUE), como en los ‘mecanismos judiciales’, sea a través de la interposición ante el TJUE de recursos de incumplimiento, sea a través de la presentación de cuestiones prejudiciales, como ocurre en este caso.

c) De haber tenido presentes las dos circunstancias anteriores y haberlas trenzado debidamente es muy probable que el AG hubiera visto en la amnistía un elevado *riesgo estructural para el estado de derecho* (en sí mismo y en principios asociados: separación de poderes, tutela judicial efectiva, igualdad, etc.) de la misma forma que el TJUE vio en la reforma polaca de la jubilación un riesgo estructural para la independencia judicial. Digo esto porque, aun cuando el AG no ha prestado la debida atención a las señales de alarma encendidas, el aspecto o verdad más esencial de su mensaje sigue ahí y no es para perderlo de vista: *la amnistía no puede tomarse a la ligera: no cabe recurrir a ella por meras razones de oportunidad política; debe responder a un auténtico objetivo de reconciliación nacional*.

A estas alturas huelga añadir que la autenticidad implica una mínima conexión entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación del legislador. La estanqueidad o separación radical entre fines de la ley y motivos del legislador mantenida por el TC tiene difícil acomodo no solo dentro de la concepción europea del estado de derecho y la literalidad de nuestro orden

⁶⁰Si no me equivoco, este tipo de cirugía salvatoria de la ley fue propuesta en su día por Saiz Arnaiz, 2024, pp. 106-115.

⁶¹ Los entrecomillados son palabras del AG (v. Conclusiones § 94; v. también § 126).

⁶² Para una primera aproximación, v., en nuestra literatura, Magaldi, 2022, pp. 135 ss. con referencia a la jurisprudencia europea desde el caso inaugural de la STJUE 27-II-2018, asunto C-64/16 (caso ASJP o de la Associação Sindical dos Juizes Portugueses).

constitucional (art. 9.3 CE)⁶³, sino también —y este es el punto que ahora interesa destacar— dentro de la propia jurisprudencia del TC. Pues, en efecto, en resoluciones anteriores tiene proclamado, con tanta prudencia como precisión, la necesidad de superar el análisis meramente semántico. El hecho de que el juicio de constitucionalidad de la ley no pueda convertirse en “un juicio de intenciones políticas” —leemos en una de ellas—

no significa que deba desplegarse exclusivamente en el plano meramente formal, *prescindiendo del contexto en el que se ha dictado el precepto cuestionado que resulta esencial para valorar si dicha finalidad [constitucionalmente legítima] concurre realmente o no* (así, literalmente, STC 122/2016; en la misma vena, aunque más orientada al análisis de la idoneidad y necesidad en el juicio de proporcionalidad, v. STC 203/2013⁶⁴).

La consecuencia inmediata de este canon de revisión es manifiesta: no puede estarse únicamente al *resultado* (al texto de la ley); hay que estar también al *proceso* que lo ha producido (al contexto de su elaboración), lo que irremediamente lleva a escrutar los objetivos perseguidos por quienes han promovido la iniciativa y participado en su elaboración. Y no hay otra forma de hacerlo que infiriendo intenciones de ese proceso, justamente lo que niega la sentencia de la amnistía (como adelantamos, su consigna en este punto es radical: «*las intenciones de los parlamentarios que han votado a favor de la ley [...] no constituyen objeto de nuestro control*»⁶⁵). De haber obrado conforme a su doctrina anterior, el Tribunal tendría que haber reconocido que la finalidad que animó a la mayoría de los diputados a aprobar la amnistía fue la investidura del Gobierno (de la que además dependían la continuidad de la legislatura y de sus escaños) y, si se quiere, la posibilidad asociada de llevar a efecto su ‘programa de progreso’, y que esa finalidad trascendió de la esfera subjetiva de cada diputado a la esfera objetiva de la ley precisamente porque se convirtió en *el motivo común y determinante* de su proceder⁶⁶.

El carácter común y determinante es lo que —según la doctrina iusprivatista— provoca la incorporación del motivo a la causa. Aunque el concepto no puede extrapolarse mecánicamente, la intuición que está detrás conserva cierta utilidad explicativa en el ámbito legislativo. Si el Ministro de Transportes promueve una enmienda de modificación de la Ley de Costas por un motivo corrupto (imagínese el caso más grave: por recibir un soborno millonario de una rica familia interesada en la renovación de la prórroga de la concesión prevista en el apartado 1 de su disposición transitoria primera) y la enmienda sale adelante por la inercia de la disciplina de voto y la escasa

⁶³ Este último punto, ya anticipado, es destacado por doquier en la doctrina. Sirva como botón de muestra, precisamente en relación a la amnistía, Fernández Farreres, 2024, pp. 191 ss.; más indicaciones en Paz-Ares, 2024, pp. 224-236.

⁶⁴ No es cosa de entrar ahora en el juicio de proporcionalidad, supuesto que pueda distinguirse claramente del juicio de razonabilidad o no arbitrariedad (sobre ello me permito remitir a Paz-Ares, 2024, pp. 48 ss, y 106 ss.). Reitero en todo caso la resistencia de la STC 137/2025 a entrar a valorar la amnistía desde la óptica de la proporcionalidad.

⁶⁵ STC 137/2025, FJ 7.3.1.

⁶⁶ Para justificar la doctrina de la STC 137/2025, Paco Velasco enfatiza la distinción entre «*el fin objetivo de la ley y los motivos de los parlamentarios*». «El fin de la ley es objetivo y compartido. Los motivos o intenciones de los parlamentarios son subjetivos e individuales. Y así como el fin objetivo de la ley permite un juicio de constitucionalidad, los motivos e intenciones de los parlamentarios no son asequibles para el control de la ley» (Velasco, 2025, p. 511). El error de nuestro querido compañero no es conceptual (la distinción está muy bien), sino fáctico (la subsunción en ella de los hechos no está tan bien). Todo el mundo sabe que las razones compartidas y determinantes de los diputados socialistas (primero del Presidente del Gobierno, luego del Comité Federal del PSOE, después del Grupo Parlamentario Socialista y luego de sus integrantes) para votar a favor de la Ley de Amnistía no han sido las que aparecen en el Preámbulo o, cuando menos, no han sido solo ni principalmente esas. Todos los parlamentarios fueron conscientes del intercambio subyacente y, desde ese momento, los motivos e intenciones dejan de ser subjetivos e individuales para objetivarse o ‘causalizarse’ como finalidad del legislador (cfr. Paz-Ares, 2024, pp. 152-157 y *supra* § 5, nt. 35 y texto correspondiente).

disponibilidad de los diputados a cuestionar la finalidad con que oficialmente se presenta por uno de los suyos (por ej., necesidad de retrasar la ocupación, gestión y conservación del dominio público marítimo-terrestre que alternativamente se liberaría dada la enorme carga financiera que supone para las administraciones asumirlas mientras persista un alto déficit público), la ley resultante difícilmente podrá ser anulada por arbitrariedad. El motivo corrupto tiene que haber trascendido al proceso legislativo, porque sin «una intención torcida» o una «intención desviada» no hay la modalidad de arbitrariedad que interesa. La conducta de la Cámara y del poder legislativo como tal será objetable por falta de diligencia, no por falta de lealtad al interés público, que es la que de ordinario justifica la tacha de desviación de poder (v. Paz-Ares, 2024, pp. 163-166). Sobra decir que procedería la respuesta contraria si el motivo corrupto o ilegítimo hubiese infectado el proceso de alguna manera con la participación, intermediación o aquiescencia de personas clave del gobierno, el partido, el grupo parlamentario y, en definitiva, del engranaje parlamentario.

Consciente de la contradicción doctrinal en que incurre, el Tribunal Constitucional se esfuerza por soslayarla en la sentencia de la amnistía. Otra pirueta en el aire, a mi modo de ver⁶⁷. Lo que viene a decírsenos ahora es que el canon de autenticidad y la revisión contextual o pragmática que entraña no se aplica a la Ley de Amnistía. El argumento esgrimido al efecto es que el canon en cuestión fue establecido en relación con una ley singular autoaplicativa y de destinatario único, y de que a tal clase especial de leyes debe ceñirse su aplicación. Y es cierto que, efectivamente, las sentencias invocadas (de 2016 y 2013) tenían por objeto leyes de esa clase o índole⁶⁸. Mi pregunta, sin embargo, es si dicha circunstancia importa, si importa tanto una vez que el TC ha admitido las leyes singulares y las leyes-medida.

El canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad no debería depender de la estructura de la ley —de que una ley sea autoaplicativa o no, de que se sustancie en una «decisión administrativa» o de otra índole, de que sus destinatarios sean muchos o pocos—, sino de su función. Debería depender en especial de la legitimidad de su finalidad, no de la simplemente declarada, sino de la auténtica, de la que ha movido a quienes han protagonizado su producción. Y si es así, parece poco relevante que la ley sea singular (como lo eran las de 2013 y 2016) o de supuesto de hecho único (como lo es la de amnistía) o de supuesto de hecho general. Si, como se pretende machaconamente en la STC 137/2025, las intenciones realmente son «una cuestión ajena a lo jurídico», si la «voluntad del legislador no puede confundirse con la de los parlamentarios», la estructura —singular o general— de la ley se torna indiferente. En uno y otro y otro caso, habría que proceder de la misma manera, circunscribiéndose al texto e ignorando el contexto («*Este tribunal juzga la ley y al contenido de la ley se atiende*»⁶⁹). ¿O es que acaso una ley singular no es una ley? ¿O es que acaso, si el engranaje parlamentario no se ha visto afectado y los diputados que aprueban la ley singular desconocen completamente el motivo injusto del proponente y la aprueban convencidos de su objetivo de interés público, la ley puede anularse también sin más? ¿No es acaso necesario que haya un contexto en el que al menos pueda imputarse a los diputados haber seguido una política de avestruz o en el que las instrucciones del proponente hayan salido de su esfera estrictamente privada?⁷⁰

El caso de la amnistía rumana de 2019, finalmente abortada, proporciona un ejemplo elocuente. Con el objetivo de amnistiar a una serie de aliados políticos (condenados por fraude y corrupción con penas de hasta cinco años),

⁶⁷ Por eso me parece una ingenuidad pensar que el TC realmente «se atiende a la doctrina constitucional precedente», como sostiene Velasco, 2025, p. 503; v. también pp. 507-508.

⁶⁸ Aunque esas circunstancias no siempre se colegía del texto de la ley enjuiciada; desde luego no se colegía en la STC 122/2016.

⁶⁹ STC 137/2025, FJ 7.2 b).

⁷⁰ La existencia de disciplina de voto introduce algún factor de simplificación o flexibilización en la exigencia del carácter común y determinante del motivo para devenir objeto de censura en el recurso de inconstitucionalidad de la ley a través del canon de interdicción de la arbitrariedad.

el gobierno rumano y el bloque de partidos que lo apoyaba propuso a las cámaras la aprobación de una ley de amnistía, que en el papel —esta fue la finalidad oficial que se consignó en el proyecto de ley— obedecía a la necesidad de reducir el hacinamiento de las cárceles y la congestión de los juzgados⁷¹. La ley, en efecto, beneficiaba a todos los condenados y procesados por delitos menores, calificación dentro de la que entraban todos los reos sujetos a una pena igual o inferior a cinco años de cárcel. La evidencia contextual de que el objetivo oculto perseguido por el legislador era beneficiar a los políticos condenados o procesados del propio partido y de que eliminar la congestión penitenciaria y judicial era un mero pretexto alimentó protestas en el país, a las que siguió una enorme presión de las instituciones europeas para que el proyecto fuese abandonado⁷². La puntilla la puso la amonestación a las autoridades rumanas hecha por el entonces Presidente de la Comisión Europea, Jean Claude Juncker, durante una rueda de prensa celebrada en Bucarest el día 11 de enero de 2019. Bastaron estas medidas palabras suyas: «De otorgarse la amnistía, como prevén algunos en este país, sería un paso atrás en el Estado de Derecho»⁷³. «Divinas palabras», así las calificó Araceli Mangas (2024, p. 259). Salvaron la indignidad de una amnistía amañada para los socios corruptos del Gobierno.

Traigo a colación este caso para proponer al lector un nuevo experimento mental. Le pido que imagine cuál habría sido la respuesta del TC si una amnistía así se hubiese aprobado en España y la evidencia contextual del motivo corrupto fuese tan líquida y clara como lo fue en Rumanía. Yo no tengo duda de que, a pesar de su insistencia en la estanqueidad semántica, nuestros magistrados habrían declarado la inconstitucionalidad de la ley al amparo del principio de interdicción de la arbitrariedad, directamente o a través del juicio de proporcionalidad. Francamente, me resulta difícil pensar que en un caso así, el Tribunal se lavara las manos so pretexto de la ‘autosuficiencia de la finalidad oficial’. En última instancia, el contenido de la cláusula doméstica de estado de derecho (art. 1.1 CE) no difiere del contenido de la cláusula europea (art. 2 TUE), como reconoce el propio TC en la sentencia de la amnistía (STC 137/2025, FJ 1.2.2 c) [iii]).

Observo finalmente que la inconsistencia de la tesis semántica del TC no se produce solo externamente, es decir entre la sentencia de la amnistía y la doctrina proclamada por el Tribunal en sentencias anteriores. Bien miradas las cosas, se produce asimismo internamente, dentro de la propia sentencia de la amnistía, allí donde se supedita la legitimidad de la medida al *requisito de excepcionalidad*⁷⁴. La exigencia de este requisito no resulta en absoluto congruente con la radicalidad semántica de su doctrina, en la que lo único relevante es el texto de la ley. De hecho, por este motivo, ha merecido la crítica de los autores más decididamente partidarios de las tesis semánticas⁷⁵. Interpreto esta anomalía teórica de la sentencia como una concesión encubierta a la tesis pragmática, como un ajuste o paliativo que el TC se ha visto forzado a introducir para cubrirse frente a las graves consecuencias a que se expone su planteamiento de base o partida. Solo así, por ejemplo, podría pararle los pies a un intento tan obsceno como el de la amnistía rumana apenas comentada. La pena es que no se haya aplicado el cuento en el caso de la amnistía española.

⁷¹ No está demás precisar que en principio la finalidad oficial de la amnistía rumana podría considerarse legítimo, como de hecho se ha considerado legítimo en Italia, en el que este tipo de amnistías ha sido relativamente frecuente. Como curiosidad histórica recordaré que la amnistía concedida el 3 de julio de 1931 a propuesta de Fernando de los Ríos referida a falsificaciones de títulos de bachillerato en un instituto madrileño se otorgó «por la incapacidad de la administración de justicia de abordar la causa» (tomo la referencia de De Miguel Bárcena, 2024, p. 114).

⁷² La presión provino de todas las instituciones europeas —el Parlamento, la Comisión, el Consejo— y se articuló a través de amenazas de distinta índole: no levantamiento del Mecanismo de Cooperación y Verificación (MCV), riesgo de parón o bloqueo de los fondos europeos, posible activación del art. 7 TUE, etc.

⁷³ V. la noticia de E. Zalan, «EU warns Romania over corruption amnesty», *Euobserver*, 11-I-2019: «EU commission president Jean Claude Juncker on Friday (11 January) warned the Romanian government not to press ahead with a planned law that would grant amnesty for corruption offences, undermining such EU ‘essentials’, such as rule of law».

⁷⁴ STC 137/2025, FFJJ 2.2 y 6.2. Es cierto que la sentencia de la amnistía tira de un apunte de la STC 147/1986, pero el desarrollo del argumento le corresponde plenamente a ella.

⁷⁵ Destacadamente de Velasco, 2025, pp. 503 y 512-514.

Dicho esto, estoy plenamente de acuerdo con la doctrina de la excepcionalidad proclamada por el Tribunal. La amnistía política ha de superar un test de excepcionalidad agravada: «es excepcional dentro de la propia excepción de la medida. Por ello no basta con que esté justificada, sino que ha de estar excepcionalmente justificada»⁷⁶. La *justificación excepcional* no significa solo o no significa tanto que el supuesto —la enfermedad— que la motiva sea excepcional en términos de recurrencia y gravedad (como lo ha sido el *procés*), sino sobre todo que la solución —el remedio— sea excepcional en términos de eficacia. Decir que el remedio está excepcionalmente justificado quiere decir que no hay duda de que está indicado o, si se prefiere, de que está indicado más allá de toda duda razonable, lo cual nos devuelve a la casilla de partida (v. *supra* § 6 a). Es necesario un consenso amplio acerca de su conveniencia y/o la adopción de garantías necesarias para lograrlo (por ejemplo, condicionar la efectividad de la medida al arrepentimiento e implementación de medidas mínimas de justicia restaurativa) como respetuosamente solicitaron los expertos del Consejo de Europa⁷⁷. Solo contrapartidas de esta índole podrían conferir un mínimo de credibilidad a una amnistía adoptada con unos fines en los que ninguno de los grupos que la adoptaron creían o confiaban el día anterior⁷⁸.

Mi hipotético interlocutor argüirá que la argumentación anterior queda desarmada por la evidencia empírica. Los hechos posteriores habrían demostrado que el objetivo de la reconciliación se ha materializado. Permítaseme poner en duda las premisas de este razonamiento. No tanto la menor (que postula la irrelevancia del análisis *ex post* a la hora de enjuiciar la validez de un acto o una norma), cuanto la mayor, que acepta o da por sentado el efecto reconciliador de la amnistía. Mi impresión es más bien la contraria. La amnistía ha sido probablemente el factor que más ha contribuido a agravar la polarización afectiva y, por ende, la convivencia en la sociedad española desde la promulgación de la Constitución, la medida más divisiva de los últimos cincuenta años. La mejora de la situación social y política en Cataluña no sirve de contraprueba. Es cierto que la agitación que siguió a la sentencia del *procés* se ha calmado. No podía ser de otra forma desde el momento en que consiguió su objetivo —una amnistía para neutralizarla— sin necesidad siquiera de que sus beneficiarios tuviesen que reconocer su falta y comprometerse a no repetirla. Está por ver, sin embargo, si el bálsamo ha llegado para durar, sobre todo a medio y largo plazo, en un escenario de alternancia política. El verdadero test se agazapa detrás de esta pregunta: ¿es razonable pensar que en un contexto en que las fuerzas de derechas accediesen al Gobierno de la nación y la Generalitat volviese a manos de los independentistas no habrá riesgo de nuevas turbulencias constitucionales? ¿es verosímil creerlo cuando la amnistía se ha concedido sin supeditarla a la renuncia previa a la ‘unilateralidad’ ni a ningún tipo de justicia restaurativa? ¿Cabe descartar de antemano que en un escenario así vuelva a Cataluña la agitación social, la confrontación política y, eventualmente, la subversión del orden constitucional? La percepción de quien escribe no es optimista. Sin una efectiva ‘renuncia a la unilateralidad’, la amnistía, más que garantizar la estabilidad del orden constitucional y la concordia, se convierte en estímulo para quebrantarlo en el futuro. No hay que llamarse a engaño sobre la dirección de la causalidad. La relativa paz social lograda en Cataluña: ¿ha sido efecto de la disuasión penal o de las medidas de gracias concedidas (indultos y luego amnistía)? ¿se ha debido a la eficacia ordenadora y expresiva del derecho o a la relajación o mitigación de su dureza? Los historiadores de nuestro siglo XIX y primera mitad del XX concuerdan en una cosa, y es que fue precisamente la expectativa consuetudinariamente reforzada *ex ante* de obtener una amnistía lo que multiplicó *ex post* la incidencia de los pronunciamientos militares.

7. Arbitrariedad y doctrina del ‘propósito ulterior’

Llegamos así al final del recorrido con una idea clara: la excepcional legitimidad de la amnistía del *procés* está supeditada a la indubitada autenticidad de la finalidad de reconciliación que proclama. Nuestro hipotético detractor observará que el hecho de que la Ley de Amnistía haya perseguido determinadas finalidades (la investidura y la desjudicialización) no excluye por sí

⁷⁶ Son palabras de Cruz Villalón, 2024, p. 59.

⁷⁷ Comisión de Venecia, 2024, § 127.

⁷⁸ Hace hincapié en este punto, con razón, Aguado, 2024, pp. 75-77.

mismo que haya podido perseguir otras distintas y, específicamente, la reconciliación. No tengo ningún inconveniente en aceptar la observación. No niego que una buena parte de los diputados que votaron a favor de la amnistía desearan, *además*, la reconciliación, incluso que apostaran por ella⁷⁹. Tampoco niego que los diputados polacos que aprobaron la rebaja de la edad de jubilación quisieran igualmente —como señalaba su exposición de motivos— armonizar la edad de jubilación de los jueces con la del resto de trabajadores y empleados públicos y optimizar la antigüedad de la plantilla judicial o que los proponentes de la amnistía rumana buscaran también la descongestión de cárceles y juzgados.

La precisión es relevante para enfilarse el último paso de nuestro razonamiento y encarrilarlo en la doctrina europea sobre la desviación de poder. La mirada ha de dirigirse ahora al Convenio Europeo de Derechos Humanos por varios motivos: porque las normas domésticas que protegen los derechos fundamentales afectados o fatigados por la amnistía (igualdad, tutela judicial efectiva, etc.) deben interpretarse conforme al Convenio en cuestión (v. art. 10.2 CE), porque la Ley de Amnistía ha considerado retóricamente necesario o conveniente insistir en que se acoge a él en su Preámbulo (v. ap. III, 4º párrafo) y, sobre todo, porque ha sido el propio AG Spielmann quien ha invocado la jurisprudencia del TEDH para justificar que la amnistía debía basarse en un propósito auténtico de reconciliación (v. *supra* § 4.2 *ab initio*). Nuestra queja es que el AG no haya extendido la invocación a esa otra jurisprudencia del TEDH, tan interesante o más a nuestros efectos, en la que se consagra, a la luz del art. 18 CEDH, una doctrina cada vez más perfilada sobre el *propósito ulterior*, una jurisprudencia que el AG debería conocer bien, no es vano fue Presidente del TEDH.

La doctrina del ‘propósito ulterior’ postula la existencia de abuso o desviación de poder —arbitrariedad en términos domésticos— cuando una medida estatal que restringe derechos fundamentales con un fin aparente o formalmente legítimo se utiliza, en realidad, para una finalidad diferente y no tan santa. Es una doctrina que invita por tanto a ‘levantar el velo’ de la finalidad declarada, justo aquello contra lo que se ha cerrado en banda el TC⁸⁰. El *leading case* en la materia es la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo en la controversia *Merabishvili c. Georgia* (STEDH 28-XI-2017). La sentencia es importante a nuestros efectos por tres razones principales:

Primera: porque clarifica la *posibilidad de coexistencia de fines legítimos e ilegítimos*. Un derecho o libertad se restringe a veces con una finalidad no prevista o no legítima con arreglo al Convenio, pero con más frecuencia —precisa el Tribunal— se restringe con una finalidad no prevista o no legítima y, a la vez, con otra prevista o legítima, que es justamente la que *ad arguendo* hemos asumido como hipótesis de trabajo: en la aprobación de la Ley de Amnistía pueden haber coexistido la finalidad (legítima) de la reconciliación y las finalidades (no legítimas) de la investidura y la desjudicialización. Lo interesante de *Merabishvili* es que el TEDH configura la hipótesis de la pluralidad de fines o propósitos como hipótesis susceptible de control a través del expediente de la desviación de poder del art. 18 CEDH. No puede aceptarse por tanto la premisa de nuestro TC, el cual solo estaría dispuesto a admitir el control de arbitrariedad —y esta sería ya una gran concesión— en aquellos casos en que los motivos o fines ilegítimos sean la «única causa explicativa del acto del legislador»⁸¹.

⁷⁹ Otra cosa es que fueran algo más escépticos acerca de sus probabilidades de éxito, que es en última instancia el denotado del famoso lema “hacer de la necesidad virtud”.

⁸⁰ Cfr. STC 137/2025, FJ 7.2 b) y *supra* § 5 *ab initio*.

⁸¹ STC 137/2025, FJ 7.2 a).

Segunda: porque establece el criterio de *la causalidad determinante o preponderante* a la hora de examinar la compatibilidad de la medida con el CEDH. En caso de pluralidad de finalidades, la cuestión consiste en dilucidar «si el propósito declarado invariablemente borra o elimina el propósito ulterior, si la mera presencia del propósito ulterior contraviene el art. 18, o si hay una respuesta intermedia»⁸². Como no podía menos, el Tribunal de Estrasburgo reconoce que

[h]ay una diferencia considerable entre los casos en que el propósito prescrito [es decir, legítimo] era el que realmente las autoridades actuaban, aunque también querían obtener alguna otra ventaja, y los casos en que el propósito prescrito, en realidad, si bien estaba presente, era simplemente una cobertura que permitía a las autoridades lograr un propósito extraño, que era el objetivo primordial de sus esfuerzos. Sostener que la presencia de cualquier otro fin por sí misma contraviene el artículo 18 no haría justicia a esa diferencia fundamental, y sería incompatible con el objeto y el propósito del artículo 18, que es prohibir el abuso de poder (STEDH 28-XI-2017, § 303).

La conclusión es simple: coexistiendo varios propósitos, la decisión de si ha habido desviación de poder —y, por tanto, infracción del art. 18 CEDH— ha de tomarse ponderando el que ha tenido más peso causal, el que ha sido determinante o simplemente preponderante en la decisión.

Por consiguiente, el Tribunal Europeo considera que una restricción puede ser compatible con la disposición sustantiva del Convenio que la autoriza, ya que persigue un objetivo admisible en virtud de dicha disposición, *pero aun así infringe el artículo 18 porque se refería principalmente a otro fin que no está prescrito en el Convenio; en otras palabras, si ese otro propósito era predominante*. A la inversa, si la finalidad principal era la finalidad prescrita, la restricción no es contraria al artículo 18, aunque también persiga otra finalidad (STEDH 28-XI-2017, § 305)⁸³.

El examen de los antecedentes pone de relieve que este papel corresponde a la finalidad de gobernación (la investidura) para unos y a la de desjudicialización (la rectificación) para otros o, dicho de otra manera, al intercambio de aquella por esta. La pregunta definitiva al respecto, la que pone el dedo en la llaga, es muy simple: ¿habría habido amnistía si no hubiese sido precisa para la investidura, como hubiera sucedido, por ejemplo, si el Partido Socialista hubiese obtenido mayoría absoluta en las elecciones? No creo que haya una sola persona en España que dude sobre el sentido —negativo— de la respuesta.

Tercera: porque, aun cuando establece un estándar de prueba muy exigente, admite ampliamente *la prueba indiciaria*. Esta es otra innovación fundamental de la doctrina *Merabishvili*, que da el golpe de gracia a las tesis puramente semánticas ejemplificadas por la sentencia del TC⁸⁴. El

⁸² STEDH 28-XI-2017, § 292.

⁸³ Nótese el contraste de este criterio con el del TC, que limita el control de arbitrariedad al caso extremo de que la ley carezca de “*toda explicación racional*” y, consiguientemente, lo niega si del preámbulo puede deducirse que tiene alguna explicación racional, aunque sea solo ‘una poca’ o sea secundaria o marginal (STC 137/2025, FJ 7.2.a).

⁸⁴ Es oportuno señalar que, en *Merabishvili*, el Tribunal reconoce expresamente que está obrando un cambio de criterio u *overruling*. Recuerda al efecto que hasta el momento venía exigiendo una «prueba directa e incontrovertible» de la finalidad ilegítima, lo que prácticamente privaba de efectos el control de desviación de poder. Normalmente los Estados no confiesan sus intenciones menos santas, no se dejan coger con las ‘manos en la masa’ (v. STEDH 28-XI-2017, § 260). Sobre la importancia histórica de este cambio de criterio, v., últimamente, con más referencias, Finnerty, 2023, pp. 447 ss.

Tribunal de Estrasburgo considera, en efecto, que la preponderancia del propósito ulterior —y, por ende, la desviación de poder—, si bien ha de acreditarse «más allá de cualquier duda razonable», no necesita inferirse directa o indirectamente del texto de la ley. Basta con que pueda probarse mediante inferencias suficientemente fuertes, claras y concordantes o similares presunciones de hecho⁸⁵. Y no es el caso de mostrar ahora cuán fácil es el cometido en el supuesto de la Ley de Amnistía a la vista de la evidencia contextual existente. Es un hecho público tan notorio que prácticamente está dispensado de prueba⁸⁶. El propio TC acaba reconociéndolo en la sentencia sobre la amnistía:

Este tribunal no desconoce [...] las particulares circunstancias en las que fue aprobada la Ley de amnistía, así como la *vinculación expresa que ha existido entre la aprobación de esa ley y la investidura de un candidato a la Presidencia del Gobierno*. [...] Este tribunal ni avala ni censura ese proceder, pues no es su cometido institucional. Su misión es analizar la ley impugnada y, en función del contenido de esta, determinar si existe un fin constitucionalmente legítimo y, en lo que a la arbitrariedad interesa, una razón justificativa de interés general (STC 137/2025, FJ 7.2).

Mi conclusión, a la vista de lo anterior, es que la *doctrina del propósito ulterior* está llamada o debería estar llamada a jugar un papel relevante en las decisiones del TJUE sobre la Ley de Amnistía. Espero no equivocarme en el diagnóstico ni en el pronóstico. No en balde su jurisprudencia en materia de abuso o desviación de poder es equivalente a la emanada del TEDH en relación con el art. 18 CEDH⁸⁷ y a la que, en relación con el art. 9.3 CE, se hallaba apuntada en la STC 122/2016 (en cierto modo también en la STC 203/2013) y, a mi modo de ver, debió haberse seguido también en la STC 137/2025 para fijar el alcance de la cláusula de interdicción de la arbitrariedad⁸⁸. Los tres son expedientes de factura semejante: todos se dirigen contra la instrumentalización política de medidas formalmente legítimas, todos operan como límite estructural a un autoritarismo de baja graduación y todos vinculan a su efectiva implementación la calidad del estado de derecho, cuya medida la da precisamente el grado de control de la arbitrariedad⁸⁹.

⁸⁵ STEDH 28-XI-2017, § 314.

⁸⁶ V. Paz-Ares, 2024, pp. 232-236 con más referencias. La verdad es que no hay «que realizar ningún esfuerzo para ‘levantar el velo’ y descubrir la auténtica finalidad de la ley, que no [está], ni mucho menos, ‘oculta’» (Aragón, 2026, ap. 2.1).

⁸⁷ Como botón de muestra sirva la STJUE 16-IV-2013, asuntos C-274/11 y C-295/11, § 33: «Un acto sólo incurre en desviación de poder cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado exclusivamente o, al menos, de modo determinante para alcanzar fines distintos de aquellos para los que se ha conferido la facultad de que se trate o para eludir un procedimiento específicamente establecido por los Tratados para hacer frente a las circunstancias del caso» (v. también STJUE 4-XII-2013, asunto 111/10, § 80 y STJUE 13-XI-1990, asunto C-331/88, § 24, e *ibi* más referencias). Téngase en cuenta además que la doctrina de la desviación de poder forma parte del *derecho primario* de la Unión. El art. 263 TUE reconoce expresamente que puede incurrir en ella el propio parlamento europeo como colegislador. Cuestión distinta es que la hipótesis sea ciertamente excepcional; de hecho, ninguno de los casos conocidos se refiere a actos legislativos de la cámara europea.

⁸⁸ En este punto, deben compartirse los votos particulares a la STC 137/2025 de C. Tolosa Tribiño (§§ 20-22 y 275-280 y 303-309); C. Espejel (ap. II.6), E. Arnaldo (ap. VI) y R. Enríquez Sancho (ap. 3).

⁸⁹ «*Opposition to the exercise of arbitrary power is the value animating the rule of law*». Esta es la tesis central e hilo conductor del reciente libro de Gerald Postema sobre el estado de derecho (v. Postema, 2022, p. 17).

8. Consideración final

Las tres preguntas contrafácticas de las que me he valido para organizar esta reflexión revelan la existencia de una cierta ligereza en el análisis del AG Spielmann y, al propio tiempo, abonan la necesidad de una reacción enérgica por parte del Tribunal de Justicia en defensa de la integridad del estado de derecho como garantía de la primacía del derecho de la Unión y del principio de confianza mutua. Las tres preguntas fuerzan ciertamente la hipótesis objeto de examen, pero de eso es justamente de lo que se trataba para ganar claridad en el análisis. Confío en que las respuestas obtenidas mediante el test de estrés practicado ayuden a comprender el formidable atropello del orden constitucional —doméstico y europeo— que se esconde tras la amnistía del *procés*. Su magnitud se constata poniendo en línea las tres objeciones resultantes —realidad de la autoamnistía, irregularidad del procedimiento legislativo y oquedad de la finalidad declarada— y observando cómo interaccionan o se refuerzan mutuamente entre sí. Pues más que sumar el desmedro, lo multiplican.

Nada nuevo bajo el sol. La estrategia seguida por nuestro legislador, tratando de ocultar la ilegitimidad material de esta amnistía en concreto bajo la legalidad formal de la amnistía en abstracto, responde perfectamente, a mi modo de ver, al patrón estratégico del legalismo autocrático, que unas veces se manifiesta de forma grosera y otras de forma sutil. El lector juzgará cuál es el caso. Este retrato robot del legalista autocrático quizá le sirva de rasero o referencia para hacerse su propia composición de lugar:

Instead of operating in the world of liberalism, then, autocratic legalists operate in the world of legalism. Liberal, democratic constitutionalism as a normative political theory is committed to the protection of rights, to checked power, to the defense of the rule of law, and to liberal values of toleration, pluralism, and equality. By contrast, legalism's requirements are simply formal: law meets a positivist standard for enactment as a technical matter when it follows the rules laid down, regardless of the content or value commitments of those laws. Laws that meet the test of legalism are enacted according to law; laws that meet the test of constitutionalism must substantively comply with the principles of a liberal legal order. When legality undermines constitutionalism, it is because the values of the new laws have superseded the values of constitutionalism rather than the other way around, as constitutionalism itself requires. The cure for laws that violate constitutional values is to nullify them as unconstitutional, which is one reason why some of the autocratic legalists begin their power grabs by disabling constitutional courts (Scheppele, 2018, pp. 562-563).

Termino invocando otra vez la doctrina del 'propósito ulterior'. No es una casualidad que, en su discurso de 25 de enero de 2019 en Estrasburgo, el Presidente del TEDH Guido Raimondi hiciera notar que la aplicación creciente del art. 18 CEDH es un indicador del declive del estado de derecho y la democracia, cuya causa se asocia a líderes políticos más preocupados por medrar ellos que por proteger o fortalecer las instituciones fundamentales del sistema democrático («[e]llos ven el sistema judicial, la prensa y la oposición como 'enemigos del pueblo'»⁹⁰). No es una casualidad porque la extensión de las prácticas del legalismo autocrático solo puede

⁹⁰ La cita de Raimondi la recojo de Kahn 2022, pp. 129-130, nt. 50., al que remito para una mayor elaboración de la idea de que las violaciones del art. 18 fungen como barómetro del regreso o retroceso del Estado hacia formas de autoritarismo (*ibid*, p. 142).

combatirse eficazmente mediante técnicas de control basadas en la desviación de poder y la arbitrariedad. En nuestro país no son pocos los analistas que consideran la Ley de Amnistía como epítome del «deterioro que está sufriendo nuestra democracia constitucional»⁹¹. La pregunta es si la sentencia de la amnistía y, tras ella, la opinión del AG se encaminan —reflexiva o irreflexivamente— en la misma dirección y, en lugar de someter la política al derecho, no han acabado permitiendo o facilitando que el derecho se someta a la política. No es otra la sombra que se cierne sobre este caso.

9. Referencias bibliográficas⁹²

AG o Abogado General (2025), Conclusiones o «Conclusiones del Abogado General Sr. Dean Spielmann, presentadas el 13 de noviembre de 2025, Asunto C-666/24» [relativas a la consulta prejudicial de la Audiencia Nacional], Luxemburgo.

AG o Abogado General (2025), Conclusiones II o «Conclusiones del Abogado General Sr. Dean Spielmann, presentadas el 13 de noviembre de 2025, Asunto C-523/24» [relativas a la consulta prejudicial del Tribunal de Cuentas], Luxemburgo.

C. Aguado Renedo (2024), «La amnistía en el sistema español: cuestión de interpretación y control constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131, pp. 49 ss.

M. Aragón Reyes (2024), «El debate constitucional sobre la amnistía», en M. Aragón *et al.* (coords.), *La Constitución como forma de la democracia. Libro homenaje a Paloma Biglino*, CEPC, Madrid, pp. 303 ss.

M. Aragón Reyes (2024-b), «Amnistía y democracia constitucional. La Constitución como límite», en A. Betancor (coord.), *La amnistía: el caballo de Troya de la democracia*, Ediciones Deusto, Barcelona, pp. 131 ss.

M. Aragón Reyes (2026), «Comentario a la STC 137/2025 sobre la amnistía». Trabajo de próxima publicación (original consultado por cortesía del autor).

J. C. Bayón Mohino (2017), «El imperio de la ley y la interpretación y aplicación del derecho: dos visiones», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. Especial: Homenaje a F. Laporta y Liborio Hierro (2017), pp. 67 ss.

Comisión Europea o Comisión (2024), «Observaciones escritas al Tribunal de Justicia, presentadas de conformidad con lo dispuesto en el art. 23 del protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de justicia de la Unión Europea», Asunto C-523/24, Bruselas 9 de diciembre de 2024.

Comisión de Venecia (2024), European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Spain, Opinion of the Rule of Law Requirements of Amnesties, with Particular reference to the parliamentary Bill ‘on the Organic Law on Amnesty for the Institutional, Political and Social Normalisation of Catalonia*, adopted by the Venice Commission at its 138th Plenary

⁹¹ Así, por ej., Aragón, 2024-b, pp. 136-139.

⁹² Los artículos publicados en la prensa se citan íntegramente en el texto o en las notas a pie de página.

Session (Venice, 15-16 March 2024), on the Basis of Comments by M. Cartabia, Ph. Dimitrov, R. Kiener, M. Kuijer y J. L. Vargas, Strasbourg.

P. Cruz Mantilla de los Ríos (2025), «La amnistía ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, 208, pp. 171 ss.

P. Cruz Villalón (2024), «Primeras consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la Ley de amnistía», *El Cronista del estado Social y Democrático de Derecho*, 108-109, pp. 56 ss.

F. de Carreras (2024), «Cuando sólo la política determina el (mal) derecho», en A. Betancor (coord.), *La amnistía: el caballo de Troya de la democracia*, Ediciones Deusto, Barcelona, pp. 61 ss.

J. De Miguel Bárcena (2024), *Amnistía. Una ley para olvidar*, Athenaica, Sevilla.

R. Ekins (2011), *The Nature of Legislative Intent*, Oxford University Press, Oxford-New York.

G. Fernández Farreres (2024), «Amnistía y arbitrariedad del legislador», en A. Betancor (coord.), *La amnistía: el caballo de Troya de la democracia*, Ediciones Deusto, Barcelona, pp. 191 ss.

T. R. Fernández Rodríguez (2016), *Arbitrario, arbitraire, arbitry. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Iustel, Madrid.

V. Ferreres Comella (2021), *Justicia constitucional y democracia*, 3ª ed., CEPC, Madrid.

J. Finnerty (2023), «When is State's 'Hidden Agenda' Proven?: The Role of the *Merabishvili's* Three-Legged Evidentiary Test in the Article 18 Strasbourg Case Law», *European Convention on Human Rights Law Review*, 4, pp. 447 ss.

J. Finnerty (2024), «How Should the European Court of Human Rights Remedy violations of Article 18 ECHR?: The Case for Remedial Realignment», *European Convention on Human Rights Law Review*, 3, pp. 11 ss.

R. García Albero (2024), «La ley de amnistía: análisis de su posible impacto en los derechos fundamentales», en R. García Mahamut (dir.), *La ley de amnistía. Cuestiones constitucionales*, CEPC, Madrid, pp. 117 ss.

M. Glasius (2018), «What Authoritarianism Is ... and Is Not: A Practice Perspective», *International Affairs* 94, pp. 515 ss.

L. Hierro Sánchez Pescador (2026), «La discutible potestad de perdonar. Del indulto a la amnistía». Trabajo de próxima publicación (original consultado por cortesía del autor).

J. Kahn (2022), «The 'Anti-Deference' Device: Article 18 of the European Convention on Human Rights», *Journal of Transnational Law* 31 (2021-2022), pp. 117 ss.

F. Laporta (2007), *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid.

- L. López Guerra (2024), «La amnistía y su proyección constitucional», en R. García Mahamut (dir.), *La ley de amnistía. Cuestiones constitucionales*, CEPC, Madrid, pp. 15 ss.
- N. Magaldi (2022), «La construcción de un poder judicial europeo y las garantías de su independencia», *Revista Española de Derecho Constitucional* 125, pp. 127 ss.
- A. Marmor (2001), *Interpretación y teoría del derecho*, trad. esp. M. Mendoza, Gedisa, Barcelona.
- A. Marmor (2008), «The Pragmatics of Legal Language», *Ratio Juris* 21, pp. 423 ss.
- A. Marmor (2011), *Philosophy of Law*, Princeton University Press, Princeton-Oxford.
- J. F. Mestre (2024), «Amnistía mediante ley singular que impide la ejecución de sentencias firmes», en A. Betancor (coord.), *La amnistía: el caballo de Troya de la democracia*, Ediciones Deusto, Barcelona, pp. 175 ss.
- C. Paz-Ares (2024), *Las falacias de la amnistía*, Comares, Granada.
- G. J. Postema (2022), *Law's Rule. The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 2022.
- J. Rawls (1979), *Teoría de la justicia*, trad. esp. M. D. González, FCE, México-Madrid 1979, segunda reimpresión 1993.
- J. Rawls (2002), *La justicia como equidad. Una reformulación*, ed. a cargo de E. Kelly, trad. esp. A. De Francisco, Paidós, Barcelona-Buenos Aires.
- J. Raz (2009), *Between Authority and Interpretation. On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, Oxford-New York 2009. El capítulo citado de este libro es el 11 (pp. 265 ss.) y fue publicado originariamente bajo el título «Intention in Interpretation» en R. P. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, Oxford-New York 1996, pp. 249 ss.
- A. Saiz Arnaiz (2024), «Arbitrariedad del legislador y ámbito objetivo de aplicación de la Ley Orgánica de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña», en R. García Mahamut (dir.), *La ley de amnistía. Cuestiones constitucionales*, CEPC, Madrid 2024, pp. 95 ss.
- D. Sarmiento (2022), *El derecho de la Unión europea*, 4ª ed., Marcial Pons, Madrid.
- F. Schauer (2004), *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. esp. de C. Orenes y J. L. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- K. L. Scheppele (2018), «Autocratic Legalism», *University of Chicago Law Review* 85, pp. 545 ss.
- D. Spielmann (2021), «The Rule of Law Principle in the Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union», en M. Elósegui, A. Miron e I. Motoc (eds.), *The Rule of Law in Europe. Recent Challenges and Judicial Responses*, Springer, Cham 2021, pp. 3 ss.

M. Tushnet (2004), «Constitutional Hardball», *John Marshall Law Review* 37, pp. 523 ss.

F. Velasco Caballero (2025), «Interpretación constitucional y ley de amnistía», *InDret* 4, pp. 496 ss.

Madrid, 10 de enero de 2026.

Recursos governatius. Doctrina de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (gener 2025-octubre 2025). Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/792/2025, de 24 de gener, JUS/3636/2025, de 4 de febrer, JUS/3811/2025, de 10 de febrer, JUS/3813/2025, de 14 de febrer, JUS/4367/2025, de 16 d'abril, JUS/4366/2025, de 17 de setembre, JUS/4368/2025, de 19 de setembre, JUS/4370/2025, d'11 de novembre, JUS/4369/2025, d'1 d'agost, JUS/4371/2025, de 17 de setembre i JUS/3997/2025, de 16 d'octubre

Sumari

Comentaris a les Resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació JUS/792/2025 (dret de vol); JUS/3636/2025 (desheretament i pagament de llegítima); JUS/3811/2025 (dret d'opció en funció de garantia); JUS/3813/2025 (drets de llotja al Liceu); JUS/4367/2025 (lliurament de llegats per un sol dels cohereus); JUS/4366/2025, JUS/4368/2025 i JUS/4370/2025 (número únic d'arrendaments de curta durada), JUS/4369/2025 (lliurament de llegats per un sol dels cohereus i substitució preventiva de residu), JUS/4371/2025 (cancel·lació de substitució fideïcomissària), i JUS/3997/2025 (drets d'adquisició preferent de l'administració)

Abstract

Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation JUS/792/2025 (air right, i.e. the right to build upward and acquire ownership of the new construction); JUS/3636/2025 (disinheritance of a forced heir and voluntary payment of the forced share by the heir); JUS/3811/2025 (option right granted as security); JUS/3813/2025 (rights over opera house boxes); JUS/4367/2025 (payment of devises by a single co-heir); JUS/4366/2025, JUS/4368/2025 and JUS/4370/2025 (short-term lease identification number), JUS/4369/2025 (payment of devises by a single co-heir and testamentary designation of substitutes in case the heir dies intestate), JUS/4371/2025 (cancellation of a fideicommissary substitution), and JUS/3997/2025 (housing authority's rights of first refusal)

Title: *Comments on the Decisions of the Catalan Directorate General of Law, Legal Entities and Mediation (January 2025-October 2025)*

Paraules clau: Dret civil català, Registre de la Propietat, recursos governatius, dret de vol, desheretament, opció en garantia, drets de llotja, pagament de llegats, substitució preventiva de residu, número únic d'arrendaments de curta durada, substitució fideïcomissària, drets d'adquisició preferent.

Keywords: *Catalan private law, Land Registry, Land Registry complaints, air rights, disinheritance, option as security, rights over opera boxes, payment of devises, testamentary substitution for heir's intestacy, fideicommissary substitution, rights of first refusal.*

Índex

- 1. Sobre l'ordre d'aquests comentaris**
- 2. Resolució JUS/792/2025, de 24 de gener de 2025 (DOGC núm. 9371, de 14.3.2025). Denegació d'inscripció d'una sentència que declara prescrit un dret de vol i la nul·litat de l'escriptura de declaració d'obra nova i modificació de propietat horitzontal que en deriven**
 - 2.1. Introducció
 - 2.2. La qüestió competencial
 - 2.3. La «incongruència» d'una sentència judicial a efectes registrals i els obstacles que deriven del Registre
- 3. Resolució JUS/3636/2025, de 4 de febrer de 2025 (DOGC núm. 9519, de 14.10.2025). Desheretament dels descendents per manca de relació familiar i pagament de la llegítima per part de l'Ajuntament instituït hereu universal**
 - 3.1. Introducció
 - 3.2. La qüestió competencial i aspectes procedimentals
 - 3.3. La motivació insuficient
 - 3.4. L'acord de pagament de llegítima malgrat la clàusula testamentària de desheretament
 - 3.5. Consideracions finals
- 4. Resolució JUS/3811/2025, de 10 de febrer de 2025 (DOGC núm. 9257, de 24.10.2025). Dret d'opció (amb tota probabilitat) en funció de garantia**
 - 4.1. Introducció
 - 4.2. La qüestió competencial
 - 4.3. Sobre la possibilitat que l'escriptura d'opció de compra encobreixi una operació de crèdit immobiliari
 - 4.4. Els restants defectes: les clàusules financeres, el càlcul aproximat del valor del bé per a l'exercici de l'opció i la notificació notarial infructuosa
- 5. Resolució JUS/3813/2025, de 14 de febrer de 2025 (DOGC núm. 9257, de 24.10.2025). Compravenda de drets de llotja al Gran Teatre del Liceu**
 - 5.1. Introducció
 - 5.2. La qüestió competencial
 - 5.3. La naturalesa dels drets dels socis sobre les llotges i butaques del Liceu
 - 5.4. L'extinció per consolidació dels drets de llotja
- 6. Resolució JUS/4367/2025, de 16 d'abril de 2025 (DOGC núm. 9556, de 3.12.2025). Escripció d'acceptació d'herència i lliurament de llegats per un sol cohereu**
 - 6.1. Introducció
 - 6.2. La interpretació del testament en el seu conjunt
- 7. Resolucions JUS/4366/2025, de 17 de setembre, JUS/4368/2025, de 19 de setembre i JUS/4370/2025, d'11 de novembre de 2025 ((DOGC núm. 9556, de 3.12.2025). Prohibició de certes destinacions dels elements privatis en propietat horitzontal i número únic d'arrendaments de curta durada (turístics i no turístics)**
 - 7.1. Introducció
 - 7.2. La qüestió competencial
 - 7.3. Arrendament temporal i arrendament d'ús turístic
 - 7.4. Wherever I lay my hat (that's my home): no és llar la temporal?
- 8. Resolució JUS/4369/2025, d'1 d'agost de 2025 (DOGC núm. 9556, de 3.12.2025). Escripció d'acceptació d'herència i lliurament de llegats atorgada per un sol dels cohereus, incloent una finca subjecta a substitució preventiva de residu**
 - 8.1. Introducció
 - 8.2. El dret aplicable per raó del temps
 - 8.3. Entre el fideïcomís de residu i la substitució preventiva de residu
- 9. Resolució JUS/4371/2025, de 17 de setembre de 2025 (DOGC núm. 9556, de 3.12.2025). Cancel·lació de substitució fideïcomissària**
 - 9.1. Introducció

9.2. Els límits del procediment registral i la cancel·lació de substitucions que romanen (incorrectament) inscrites

10. Resolució JUS/3997/2025, de 16 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9536, de 6.11.2025). Drets d'adquisició de l'administració i concepte de gran tenidor

11. Bibliografia citada

1. Sobre l'ordre d'aquests comentaris

Després de dos números d'aquesta revista sense comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació (DGDEJM), es reprenen ara per donar notícia d'onze resolucions publicades al DOGC en els darrers tres mesos de 2025, així com una resolució publicada el mes de març de l'any passat que no va ser inclosa als anteriors comentaris degut a què la seva descripció no en facilita la cerca. La publicació de diverses resolucions, de diferents dates que s'estenen des d'abril de 2025 fins a octubre de 2025, obliga a explicar l'ordre amb què es comenten. Es podria haver triat el de la data de publicació al DOGC o el número de resolució, que sembla venir determinat per la primera, o bé per la data de la resolució. Aquest darrer ha estat el criteri emprat, per la qual cosa, en ocasions, es comenta primer una resolució publicada més tard o bé amb un número posterior a una altra que es comenta a continuació. D'altra banda, es recullen en un sol epígraf tres resolucions relatives a l'assignació de número únic de registre d'arrendaments de curta durada.

2. Resolució JUS/792/2025, de 24 de gener de 2025 (DOGC núm. 9371, de 14.3.2025). Denegació d'inscripció d'una sentència que declara prescrit un dret de vol i la nul·litat de l'escriptura de declaració d'obra nova i modificació de propietat horitzontal que en deriven

2.1. Introducció

Els fets que donen lloc a aquesta resolució demostren la conveniència de mantenir actualitzada la situació registral dels immobles, així com de resoldre per vies extrajudicials els problemes que sorgeixen en edificis integrats per diferents habitatges.

L'any 1984 uns cònjuges van adquirir un dret de vol que facultava per a construir dues plantes més sobre el primer pis de l'edifici i per modificar la quota dels elements que integraven la propietat horitzontal un cop feta la construcció. L'escriptura es va inscriure l'any següent, quan també es van dur a terme les obres. Tot i això, no es va atorgar escriptura d'obra nova i de modificació del títol de constitució fins l'any 2020, moment en el qual es van practicar les corresponents inscripcions a la finca matriu i als elements privatis en què es dividia.

Es dona la circumstància, però, que l'any 2002 el recurrent havia adquirit un pis a la finca i, l'any 2022, va interposar demanda contra els titulars del dret de vol, sol·licitant que es declarés la nul·litat de l'escriptura de 2020, la prescripció del dret de vol, la cancel·lació de les inscripcions realitzades i la declaració com a elements comuns de la terrassa, terrat i espais tècnics, així com la demolició de les obres realitzades pels titulars del dret de vol. La sentència va declarar prescrit el dret de vol i nul·la l'escriptura de 2020, ordenant la cancel·lació de totes les inscripcions que se'n van derivar. Igualment, va declarar que el terrat o coberta té la condició d'element comú.

La registradora va qualificar negativament, per incongruència de la sentència i per obstacles derivats del propi Registre, prenent com a fonaments els articles 18, 19 i 19 *bis* de la Llei hipotecària (LH) i l'article 567-2 del Codi civil de Catalunya (CCC). El recurs, que es va dirigir a la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública (DGSJFP), es va basar únicament en l'article

522.1 de la Llei d'enjudiciament civil (LEC), tot fent referència a una escriptura particional que no tenia res a veure amb la qüestió plantejada.

2.2. La qüestió competencial

El recurrent va considerar, sense argumentar-ho, que la DGDEJM no era competent per a resoldre. La registradora, en canvi, sí que li va elevar l'expedient, tot i que sense fer l'advertiment exprés que requereix l'article 3.3 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril. En el fonament de dret primer, la DGDEJM confirma la competència d'acord amb l'article 1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, en entendre que és suficient la menció expressa d'una norma catalana —l'article 567-2 del Codi civil de Catalunya (CCC)— per a determinar-la. Aquesta és la tesi que manté la DGDEJM des que es va qüestionar la constitucionalitat de la Llei 5/2009, cosa que sovint no comparteix la DGSJFP. En aquest cas, val a dir que la referència a l'article 567-2 CCC no mereix cap més consideració al llarg de la resolució. Segurament la registradora tenia present l'oposabilitat a tercers del dret de vol des de la seva inscripció l'any 1985, d'acord amb l'apartat tercer de l'esmentat article. No es valora, en canvi, la possible aplicació de la disposició transitòria dissetena de la Llei 5/2006, de 20 de maig, atès que això significaria entrar a qualificar el fons de la resolució judicial. De fet, tant la qualificació com la resolució es basen en preceptes registrals.

2.3. La «incongruència» d'una sentència judicial a efectes registrals i els obstacles que deriven del Registre

La registradora havia assenyalat com a defecte la incongruència de la sentència que, per una banda, ordena la cancel·lació de la declaració d'obra nova i, per l'altra, declara que no es discuteix la propietat de les plantes segona i tercera i que la coberta s'ha de considerar element comú. Tal i com assenyala la DGDEJM, aquesta incongruència no és la que contempla l'article 100 del Reglament hipotecari (RH), perquè això comportaria entrar en el fons de la qüestió discutida. La qualificació s'estén únicament, en aquest sentit, a la correspondència entre el procediment emprat i la decisió que se'n deriva; en haver-se interposat un judici ordinari contra els titulars registrals en el supòsit de la resolució, aquest requisit s'ha d'entendre complert. Això no obstant, la DGDEJM confirma la qualificació negativa de la sentència degut a què, registrament, és impossible mantenir la inscripció de la coberta (terrassa i espai tècnic, pel que sembla), com a element comú i, alhora, cancel·lar la inscripció de l'obra nova sobre la qual es troben (FD 2.3). Val a dir que la impossibilitat no és només registral, sinó física, però explicitar l'evidència significaria admetre que no s'inscriu perquè la sentència és incongruent en el sentit no jurídic (ni processal ni registral) del terme.

3. Resolució JUS/3636/2025, de 4 de febrer de 2025 (DOGC núm. 9519, de 14.10.2025). Desheretament dels descendents per manca de relació familiar i pagament de la llegítima per part de l'Ajuntament instituït hereu universal

3.1. Introducció

El causant va morir l'any 2022, vidu, i deixant testament atorgat uns mesos abans en què desheretava els seus cinc fills, que designava nominativament, i els seus nets, a l'empara de l'article 451-17.e) CCC, afirmant que havien abandonat la llar familiar i deixat sol al testador des

de dates posteriors a la defunció de l'esposa del causant i mare dels legitimaris l'any 1990. En el mateix testament, instituïa hereu universal l'Ajuntament, que hauria de destinar el cabdal relicte a obres socials.

L'any 2024, l'alcalde i els cinc fills atorguen escriptura d'herència en què manifesten que, havent expressat els fills la seva disconformitat amb el desheretament, s'havia acordat amb l'Ajuntament que aquest els pagaria la llegítima per mitjà de l'entrega de la meitat indivisa de dues finques rústiques que pertanyien al causant, amb la finalitat d'evitar plets, demandes i reclamacions judicials innecessàries. S'incorpora a l'escriptura notificació de l'Ajuntament de l'acord d'acceptació d'herència i reconeixement de llegítima.

Les meitats indivises de les finques s'acaben adjudicant a un sol dels fills, amb compensacions als altres, però aquesta qüestió no és objecte del recurs.

Una primera qualificació negativa del registrador va ser reiterada quan es va tornar a presentar l'escriptura d'acceptació i pagament de llegítimes juntament amb una nova escriptura de manifestacions. El registrador, en essència, considera que, havent acceptat l'Ajuntament l'herència, el pagament de la llegítima sense que s'hagi declarat judicialment ineficax el desheretament constitueix una donació, que s'havia de subjectar als requisits que estableix l'ordenament per a la transmissió de béns a títol gratuït. La ineficàcia d'una disposició testamentària requereix sempre, a parer del registrador, una resolució judicial.

El recurrent (l'adjudicatari final de les meitats indivises) va al·legar bàsicament que si l'hereu nega la causa del desheretament, com és el cas, només una resolució judicial el podria reconèixer, i que, havent reconegut l'Ajuntament la inexistència de la causa de desheretament, seria ocios i dilatori obligar a acudir a un procediment judicial en què seria precisament l'hereu qui hauria de defensar l'eficàcia de la clàusula, cosa que ja ha manifestat que no faria i que representaria, en definitiva, anar contra els propis actes (article 111-8 CCC i articles 20 i 22 LEC). En conseqüència, el pagament de la llegítima no és una donació, sinó un acte degut, i tampoc no és possible qüestionar en seu registral la validesa d'un acord administratiu ferm com el que va adoptar l'Ajuntament i que s'incorpora a l'escriptura.

3.2. La qüestió competencial i aspectes procedimentals

En la tramitació de l'expedient es detecten irregularitats. Així, no es notifica la interposició del recurs ni al notari ni a l'Ajuntament, s'aporta una nota de defensa de la qualificació que no està signada i que conté errades (per la qual cosa la DGDEJM considera que no s'ha emès l'informe preceptiu) i, en notificar la qualificació, no es va fer constar la possibilitat de recórrer davant la DGDEJM. Potser això explica que el recurs es presentés davant la DGSJFP. La DGDEJM qualifica l'omissió com a greu, perquè pot generar importants perjudicis (FD 1.3). Tot i això, el recurs s'eleva a l'òrgan resolutori de la Generalitat de Catalunya, però sense l'advertiment exprés que demanda l'article 3.3 de la Llei 5/2009.

La DGDEJM es pronuncia, per tant, sobre la pròpia competència. En haver invocat el recurs alguns preceptes del CCC, es compleix el requisit previst a l'article 1 de la Llei 5/2009, i en tractar-se d'una qüestió de dret de successions, matèria aquesta de regulació catalana exhaustiva que exclou l'aplicació, fins i tot supletòria, del Codi civil espanyol (CCE), s'afirma la competència de la Generalitat (FD 1.1 i 1.2). Cal considerar, doncs, que la successió discutida es regia pel dret

català. És una qüestió que no es tracta en la resolució, però que és lògic donar per sobreentesa donada la ubicació de les finques i la institució d'hereu a favor de l'ajuntament d'un municipi situat a Catalunya.

3.3. La motivació insuficient

En el fonament de dret segon, la DGDEJM resol que la motivació de la qualificació pel que fa al defecte relatiu a la necessitat de complir els requisits per a les disposicions gratuïtes realitzades per l'Ajuntament és insuficient, perquè ni tan sols assenyala quines normes considera infringides i el recurrent les ha d'endevinar, la qual cosa li genera indefensió (de fet, el recurrent va entendre que calia acudir al Reial decret 1373/2009, de 28 d'agost, mentre que la DGDEJM considera aplicable el Decret 336/1998, de 17 d'octubre). És per això que la DGDEJM no entra a dilucidar si l'adjudicació de béns en pagament de la llegítima és una donació ni tampoc si l'objectiu de l'Ajuntament d'evitar litigis equivaldria a un aplanament en la via registral.

3.4. L'acord de pagament de llegítima malgrat la clàusula testamentària de desheretament

En el cas discutit, es tracta en realitat de valorar si l'acord extrajudicial entre l'hereu instituït i els legitimaris desheretats en testament pot privar d'eficàcia la disposició testamentària en què s'expressa el desheretament. Aquest acord es basa en el fet que els legitimaris neguen la certesa de la causa del desheretament i, per evitar plets, l'hereu instituït s'avé a pagar la llegítima.

Tant la nota de qualificació com el recurs fan referència a resolucions de la Direcció General dependent del Ministeri de Justícia.¹

La DGDEJM recorda que el CCE no s'aplica a la successió objecte de la resolució i que la llegítima catalana és un dret de crèdit, a diferència de la que regula el CCE, de manera que ni la jurisprudència ni la doctrina registral dictades a l'empara del CCE són rellevants (FD 3.1).

Això no obstant, la qüestió de fons no està vinculada tant a la naturalesa de la llegítima com a la possibilitat de privar d'eficàcia una disposició testamentària (la que conté el desheretament) per acord dels interessats. En aquest punt, essent així que tant el CCE com el CCC parteixen del fet que la voluntat del causant és la llei de la successió, la comparació amb la doctrina registral que es cita sembla tan legítima com ho seria recórrer a la interpretació que es realitzi d'aquests situacions en altres ordenaments jurídics més llunyans, però que parteixen dels mateixos fonaments.

En particular, és molt clara al respecte la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat (DGRN) de 3 d'octubre de 2019,² on, en un cas molt semblant al que és objecte d'aquest comentari, es va concloure que és possible l'acord de tots els interessats desconexant la clàusula de desheretament, sense necessitat, per tant, d'acudir a una resolució judicial per a fer-ho. És una conclusió idèntica a la

¹ A l'escriptura de manifestacions es va incorporar la resolució de la DGSJFP de 10 de febrer de 2021 (BOE núm. 48, de 25.2.2021) que, més aviat, semblaria donar la raó al registrador i reservar, en tot cas, la llegítima per als descendents del desheretat, d'acord amb jurisprudència del Tribunal Suprem. Més recentment, la resolució de la DGSJFP de 15 de gener de 2024 (BOE núm. 48, de 23.2.2024) considera que en seu registral es pot qüestionar l'eficàcia del desheretament respecte a persones menors quan, per la seva edat, no els pugui ser imputada la causa de desheretament, tret que una resolució judicial l'aprecii.

² BOE núm. 274, de 14.11.2019.

que acaba adoptant la DGDEJM en aquesta resolució. El registrador havia citat dues resolucions més per fonamentar la qualificació negativa, que no resolien supòsits semblants, així com la Resolució de 3 d'octubre de 2019, que dona la raó al recurrent, per la qual cosa, també en aquest punt, la DGDEJM considera que no hi ha fonamentació jurídica relativa a la necessitat de resolució judicial que deixi sense efecte la clàusula testamentària (FD 3.2).

En qualsevol cas, la DGDEJM considera, a la vista dels articles 451-20 i 451-21 CCC, que: «d'aquestes normes sembla desprendre's que el legitimari ha d'impugnar, ha de contradir i ha d'exigir; és a dir, ha de fer un acte jurídic exprés que el·liciti la necessitat que l'hereu en justifiqui la causa. Aquestes actes jurídics es poden desenvolupar a l'esfera judicial o extrajudicial» (FD 3.3). A continuació, fent un paral·lelisme amb la reconciliació o i el perdó que correspon al causant (article 451-19 CCC) i no a l'hereu, «res no pot impedir que l'hereu no vulgui o no pugui justificar la causa del desheretament i tingui per encertat atribuir la legítima al legitimari» quan aquest l'ha reclamat (FD 3.3). El principi de llibertat civil ho validaria (article 111-6 CCC) (FD 3.5). A això s'hi afegeix que provar que la manca de relació familiar sigui exclusivament imputable al legitimari, en general, pot resultar difícil per a l'hereu, la qual cosa sovint jugarà en contra de l'eficàcia de la clàusula (FD 3.4). Segurament, darrere d'aquestes consideracions hi ha el fet que l'Ajuntament, en el cas analitzat, difícilment podria defensar el desheretament, per pur desconeixement i manca d'accés a les proves corresponents.

Tot i això, el principi de llibertat civil cedeix en cas de perjudici de tercers. Podrien ser tercers perjudicats per l'acord entre l'hereu i els legitimaris els nets del causant. Aquests també van ser desheretats, però sense designació nominal, de manera que no es compliria amb el requisit de l'article 451-18 CCC (FD 3.5) i, per tant, no hauria calgut plantejar si eren o no imputables (per exemple, per ser menors d'edat), a la qual cosa s'afegeix que tampoc no es va invocar aquesta qüestió en la qualificació. La resolució, això no obstant, s'hi refereix, per a concloure que, cas de no ser imputables els nets, tindrien sempre dret a la llegítima.³ Però considera que únicament una resolució judicial podrà escatir la imputabilitat de la causa i quins legitimaris han estat privats del seu dret (FD 3.5). En l'expedient no s'ha qüestionat la causa del desheretament i escapa de la qualificació registral dur a terme una activitat probatòria, com també qualsevol pronunciament sobre el fet que l'hereu no defensi la clàusula, en donar per descomptat que el desheretament no ha de tenir efecte, perquè no podrà provar-ne la causa o pels motius que siguin. El mateix succeeix amb els tràmits de l'expedient administratiu que va precedir l'atorgament de l'escriptura que es qualifica (FD 3.6). Per tots aquests motius, s'estima el recurs i s'ordena la inscripció a favor de l'adjudicatari de les dues meitats indivises de les finques.

3.5. Consideracions finals

La solució adoptada per la DGDEJM és de sentit comú: en l'era dels MASC introduïts per la Llei orgànica 1/2025, poca justificació tindria obligar a obtenir una resolució judicial quan tots els interessats estan d'acord amb una solució pactada. La viabilitat dels pactes extrajudicials per a resoldre controvèrsies es basa tant en el principi de llibertat civil com en la necessitat pràctica de posar fi a les controvèrsies sense arriscar-se a obtenir un resultat que, encara que sigui pel temps i pels esforços que representa un plet, serà molt menys satisfactori del que es podria

³ En la doctrina registral del Ministeri de Justícia, recentment, la ja citada resolució de la DGSJFP de 15.1.2024 (BOE núm. 48 de 23.2.2024). En el marc del CCC, tenint en compte, entre altres circumstàncies, la minoria d'edat de la legitimària desheretada: STSJ CAT 8710/2023, de 18.9.2023, esp. FJ 10 (ECLI:ES:TSJCAT:2023:8710). Amb menys èmfasi en aquesta qüestió: STJJ CAT 5448/2018, de 31.5.2018 (ES:TSJCAT:2018:5448).

esperar. En el dret successori, són mostra d'aquesta tendència normes com l'article 464-6.1 CCC, que permet desviar-se de manera pactada de les previsions particionals del causant, o els preceptes sobre nul·litat del testament i de les disposicions testamentàries que, des de l'entrada en vigor del llibre quart del CCC, apunten a un règim més proper al de l'anul·labilitat que no pas al de la nul·litat o la inexistència, fins i tot quan l'acord dels interessats contravingui les normes destinades a protegir la voluntat del causant.

Ara bé, en aquest cas, el registrador haurà hagut de donar compliment a la resolució i procedir a la inscripció tot i que, tal i com afirma la pròpia resolució, els pactes no poden perjudicar terceres persones i la llegítima dels nets del causant es veuria vulnerada si resultés que la causa de desheretament efectivament concorria i que, per tant, els hauria correspost a ells rebre-la, perquè, tal i com s'afirma a la resolució, el desheretament respecte als nets no hauria complert el requisit de designació nominativa. A això s'hi afegeix la possibilitat que, atesa la seva edat quan es va produir el trencament de la relació familiar, la conducta no els fos imputable. En no haver detectat el registrador aquest eventual defecte i no ser, per tant, objecte del recurs, una eventual reclamació per part dels nets podria topar amb tercers protegits per l'article 34 LH.

4. Resolució JUS/3811/2025, de 10 de febrer de 2025 (DOGC núm. 9257, de 24.10.2025). Dret d'opció (amb tota probabilitat) en funció de garantia

4.1. Introducció

Es presenta al Registre una escriptura d'opció de compra. El registrador denega la inscripció per la concurrència de diversos defectes. Considera, en primer lloc, que l'opció és, en realitat, una trava sobre un bé immoble en funció de garantia que no compleix els requisits essencials per a la protecció del deutor i titular del dret real gravat quant a la determinació del valor del bé, la determinació del deute garantit i el procediment d'execució. A més, tampoc no compleix els requisits de transparència material que exigeix la Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari. S'empara en la resolució de la DGSJFP de 9 de setembre de 2024⁴ i en el fet que bona part de les clàusules de l'escriptura presentada són idèntiques a les contingudes en la que va donar lloc a aquesta darrera resolució, així com en altres escriptures qualificades pel mateix registrador, la qual cosa condueix a entendre que es tracta d'un clausulat predisposat per una de les parts, que actua professionalment en el mercat del crèdit immobiliari. A això s'hi afegeix que el titular del dret d'opció es reservava el dret, en cas d'exercici (inclòs l'unilateral), de practicar retencions per diversos conceptes (deutes de comunitat, tributaris i corresponents a càrregues preexistents), àdhuc per les quantitats que hagués pagat al concedent entre el moment de l'atorgament i el de l'exercici (que es difereix un any), establint-se que, si no podia obtenir de tercers les quantitats exactes, podria fer un càlcul aproximat, comprometent-se a retornar l'excés, si escaigués. A parer del registrador, això infringeix el principi d'especialitat registral, així com l'article 1256 CCE. En tercer lloc, el concedent assumia a tots els efectes que la notificació notarial pactada per a l'exercici de l'opció pogués no arribar a bon port, sense que això afectés el correcte exercici de l'opció, la qual cosa contravé, segons el registrador, els articles 202 i següents del Reglament notarial. Finalment, es denega la inscripció de clàusules de naturalesa merament obligacional.

⁴ BOE núm. 268, de 6.11.2024.

El recurs es va basar en la inaplicabilitat de la resolució de la DGSJFP de 9 de setembre de 2024 al supòsit, atès que en aquell cas la finca estava situada a Madrid i no a Tarragona, per a després considerar que no totes les opcions de compra constitueixen un préstec d'acord amb la doctrina registral. Mira de demostrar que no es donen les circumstàncies necessàries per a efectuar aquesta qualificació per raons que, segons explica la resolució ara comentada, tenen a veure amb la prohibició de pacte comissori. L'esmentada resolució del Ministeri tampoc no seria aplicable perquè en aquell cas es preveia una notificació per burofax i no una notificació notarial al concedent. Cita també doctrina registral i jurisprudencial relativa a supòsits en què s'accepta certa indeterminació en les quanties a retenir i, finalment, defensa la pràctica habitual d'emprar minutes estandarditzades, i cita preceptes del CCC i una sentència com a mostra de què s'admet el dret d'opció a l'ordenament català.

El registrador eleva l'expedient a la DGDEJM un mes després de la seva interposició, tot fent constar que la qualificació no esmenta el dret català i que el recurs l'esmenta, però no s'hi fonamenta (procediment aquest del registrador que la DGDEJM alava, en tant que compleix amb el que exigeix l'article 3.3 de la Llei 5/2009; FD 1.2). Per aquest motiu, el primer aspecte del qual s'ocupa la resolució és el relatiu a la competència.

4.2. La qüestió competencial

En aquesta ocasió, la DGDEJM sembla apartar-se de la interpretació textual que havia donat a l'article 1 de la Llei 5/2009 en moltes resolucions per a defensar la pròpia competència malgrat els pronunciaments d'inconstitucionalitat de 2014, per afirmar, obertament, que el que determina aquella competència és que el fons de la qüestió debatuda estigui regulada pel Dret català. Aquest cop, per tant, es fa esment a l'article 1 no pel que fa a la cita de normes de l'ordenament jurídic de Catalunya, sinó perquè s'entén complert el requisit que la nota o el recurs es fonamentin en aquestes normes. I es justifica aquesta opció, que té cabuda al referit article 1, per tal que es pugui preservar l'aplicació del dret propi, paral·lelament al que succeeix amb l'atribució de competència al Tribunal Superior de Justícia a l'article 95 de l'Estatut d'Autonomia. El fet que, erròniament, no es mencionin normes de Dret català, no desplaça la competència exclusiva (FD 1.2). Tenint en compte la ubicació de l'immoble (articles 10 i 16 CCE) i els articles 14 de l'Estatut i 111-3 CCC, relatius a l'aplicació territorial del dret propi com a regla general, considera fora de dubte la seva competència (FD 1.3).

4.3. Sobre la possibilitat que l'escriptura d'opció de compra encobreixi una operació de crèdit immobiliari

Havent recordat al segon fonament jurídic quina és la configuració del dret d'opció a Catalunya i havent estimat que, en principi, sembla que el títol presentat per a la seva inscripció compleix amb els requisits que exigeix el CCC, el tercer fonament jurídic es dedica, en essència, a considerar que la qualificació es va extralimitar en basar-se en una mera sospita de frau o d'encobriment d'una operació diferent a la que es presentava i a sostenir que la prohibició de pacte comissori no regeix a Catalunya.

Pel que fa a la primera qüestió, la DGDEJM conclou que el registrador s'ha basat en un judici de valor que el fa pressuposar la simulació negocial perquè el document «sembla redactat en massa entre un professional i diversos particulars; del fet que el preu de compra és reputat com a baix pel registrador, i que l'exercici de l'opció pot amagar un pacte comissori». Es considera que el

motiu és tan genèric, especialment en referir-se a què la garantia atípica que es descobreix sota l'aparença d'una opció de compra «no compleix les exigències bàsiques pròpies de la regulació de les garanties immobiliàries», sense ulterior precisió, que genera indefensió en els interessats. I permetre que la qualificació es fonamenti en conjetures comportaria inseguretat jurídica i discrecionalitat incompatibles amb el sistema registral. Posa com a exemples que, si es seguís aquest camí, qualsevol compravenda amb preu ajornat o qualsevol préstec a llarg termini es podrien considerar donacions (FD 3.3). Val a dir que potser aquests exemples no són massa encertats, essent així que, com acaba reconeixent la pròpia resolució, en el cas objecte de disputa s'està davant d'una pràctica relativament freqüent que pot ser especialment perillosa tant per a la persona consumidora com per als tercers titulars de drets inscrits amb posterioritat, amb la qual cosa resulta força lògic que els registradors vetllin per a què no accedeixin al sistema de publicitat registral els negocis que la vehiculen.⁵ Convé també tenir present que el criteri segons el qual el procediment registral no pot entrar en judicis de valor de l'estil del que realitza, a parer de la DGDEJM, la qualificació impugnada és també el que va mantenir la DGSJFP en la resolució de 18 de juliol de 2022⁶ (on, això no obstant, es van confirmar altres defectes, com la indeterminació del preu, que concorren també en el supòsit de què ara es tracta), però es va alterar, per considerar concorrent la simulació i l'encobriment d'un pacte comissori, en la resolució de 30 de juliol de 2024⁷ (anterior a l'atorgament de l'escriptura d'opció discutida en la resolució que es comenta), així com en la ja citada de 9 de setembre de 2024.

En aquesta darrera resolució també es destaca com a indicatiu del fet que l'opció encobreix una operació de finançament amb garantia immobiliària que s'estableixi un termini dins del qual no es pugui exercitar l'opció, que quedaria desactivada si el concedent hagués retornat el que el titular de l'opció li hagués anticipat (FD 4), circumstància que també es pot entreveure o endevinar fàcilment en el supòsit que va donar lloc a la resolució de la DGDEJM ara comentada.

La DGDEJM continua raonant que el criteri mantingut a la resolució DGSJFP de 9 de setembre de 2024 no determina el resultat de la disputa de què es tracta, perquè l'immoble està situat a Catalunya, on el dret d'opció compta amb una regulació específica, i perquè la jurisprudència del TSJ de Catalunya (amb particular atenció a la STSJ 12/2019, de 19 de febrer,⁸ i referència a l'anterior que recull) admet que l'opció de compra es pacti en funció de garantia,⁹ com tradicionalment també ha succeït amb la compravenda a carta de gràcia, igualment subsistent a

⁵ De la mateixa manera que es va estimar necessari establir les regles de l'article 621-54 CCC i que existeixen restriccions importants a la inscripció de compravendes amb condició resolutòria en la doctrina registral del Ministeri de Justícia: ANDERSON, «Comentario a la RDGSJFP de 11 de mayo de 2021 (RJ 2021, 3454). Compraventa de inmueble con condición resolutoria en garantía del precio aplazado y pacto de retención de cantidades pagadas: la necesidad de prever la consignación para inscribir la transmisión» *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 118, 2022, p. 141-162. Més recentment, resolució de la DGSJFP de 15.2.2024 (BOE núm. 65, de 14.3.2024).

⁶ BOE núm. 186, de 4.8.2022.

⁷ BOE núm. 256, de 23.10.2024.

⁸ ECLI:ES:TSJCAT:2019:1241.

⁹ Sobre la configuració del dret d'opció en funció de garantia, i les cauteles que requereix: BLANDINO GARRIDO i BARRÓN ARNICHES, *Los derechos de adquisición. Propuesta de regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022. En la mateixa línia Paloma de BARRÓN ARNICHES (2024), «En busca de soluciones para obtener financiación y acometer la renovación energética del edificio: la opción de compra en garantía», disponible a: <https://hdl.handle.net/2445/208366>, on es qüestiona la vigència de la prohibició de pacte successori també a nivell estatal, arran de l'article 28 de la Directiva 2014/17/UE, com ja havia fet amb anterioritat l'autora, BARRÓN ARNICHES (2021), «La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 785, 2021, p. 1557 i següents, amb nombroses referències doctrinals. En contra de considerar que l'article 28 de la Directiva 2014/17/UE obliga a abolir la prohibició de pacte comissori, ANDERSON, «The Mortgage Credit Directive under Review», a: ANDERSON/ARROYO AMAYUELAS (ed.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Europa Law Publishing, Zutphen, 2025, p. 22-23.

l'actual CCC. Això significa que, al Dret català, que admet també en altres àmbits els negocis fiduciaris, no existeix una prohibició general de pacte comissori,¹⁰ i que les eventuais disparitats entre el preu de l'opció i el valor del deute o el possible encobriment d'un pacte comissori es poden corregir per mitjà d'altres mecanismes, com l'acció d'enriquiment injust, la rescissió per lesió o la nul·litat per usura (FD 3.4 i 3.5).

En aquest punt, convé tenir present que la citada sentència 12/2019 decidia un cas en què la funció de garantia de l'opció de compra no s'amagava en absolut, sinó que era explícita: l'exercici es condicionava a l'incompliment del préstec, per la qual cosa el Tribunal no va considerar que es produís simulació de cap tipus ni que s'intentés encobrir un pacte comissori, atenent, a més, a què el valor donat a l'immoble es corresponia amb el que marcava el mercat.

A banda d'això, la DGDEJM continua expressant els seus dubtes respecte a si l'opció de compra analitzada realment encobreix un préstec, considerant que podria complir altres finalitats (FD 3.5), i per això conclou el tercer fonament jurídic de la mateixa manera que l'inicia: entenent que la qualificació es basa en una sospita de frau de llei contrària a la bona fe i que, per tant, en no poder afirmar amb seguretat que s'està davant d'un préstec, entén que no es pot mantenir tampoc el defecte expressat en la nota de qualificació consistent en la manca de transparència material que exigeix la Llei 5/2019 de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari (FD 3.6).

La resolució DGSJFP de 9 de setembre de 2024 no va entrar a valorar si es complia o no amb el règim jurídic previst a la Llei 5/2019, de 15 de març, perquè va considerar que, en encobrir l'operació un pacte comissori prohibit pel CCE (amb els matisos que han anat introduint tant la jurisprudència com la doctrina registral), calia impedir-ne l'accés al Registre per no ser un instrument de finançament legítim (FD 4).

Això no obstant, ja avisa la DGDEJM en aquest punt que tot això és sens perjudici del que es raona al fonament de dret sisè. I allà, d'una manera forà inesperada, s'acaba concloent que s'ha de desestimar el recurs:

«6.4 I, en aquest punt, ens cal tornar a la funció qualificadora dels registradors a què fèiem referència en el fonament tercer. Reiterem que no poden fonamentar la qualificació en recels o en sospites de l'existència de contractes de préstec amb finalitat inversora encoberts darrere d'una determinada operació. I si, com dèiem abans, la dificultat del supòsit rau en el fet que no tenim coneixement sobre el contingut real del contracte, sí que tenim la constància que el titular del dret d'opció actua habitualment en el mercat adquirint drets d'opció a persones particulars sobre la base de negocis estandarditzats que ens poden dur a concloure que les opcions es constitueixen en

¹⁰ La STSJ 12/2019, ja citada, feia referència al fet que el Dret català, en el context de la realització del bé retingut o empenyorat, quan han fracassat les subhastes notariales, faculta el creditor per a fer seu el bé però «atorgant una carta de pagament de tot el crèdit» i assumint les despeses del procediment (articles 569-7.3, d), 569-8.3, h) i 569-20.4,d) CCCat), per tal de garantir que no es genera un perjudici excessiu al deutor i al propietari del bé gravat. Val a dir, però, que aquests preceptes mereixen ser revisats, atès que estableixen una clàusula de tancament que recorda més a una via de constranyiment administratiu que no pas a un procediment d'execució civil. De fet, s'ha anat reformant la LEC per tal d'evitar que, en el moment de constituir la garantia, se li atorgui com a valor a efectes de subhasta el valor del deute, atès que això és el que pot comportar, justament, l'enriquiment injust i el perjudici de tercers que la prohibició de pacte comissori pretén impedir. És cert que en els articles 681 i següents LEC i, en particular, l'operativa dels articles 682 i 670 i 671 (aquests darrers, per remissió), es generen moltes disfuncions arran del sistema de valoració adoptat, tant en la constitució com en el moment de l'execució i molt especialment si aquesta queda deserta, però com a mínim no permet l'adjudicació pel valor del deute sense establir cap precaució per al cas que sigui molt inferior al del bé gravat, com en canvi sí que ho fa el CCC

garantia de préstecs contractats en massa. Per tant, l'entitat optant/prestadora hauria d'acreditar que consta inscrita al registre que preveu l'article 28 de la Llei 5/2019. En aquest punt, els registradors podran denegar la inscripció del dret d'opció perquè es constitueix en favor d'una entitat no inscrita, sobre la base de l'article 42.2 de la Llei 5/2019, que estableix que *el Registre Mercantil i els altres registres públics han de denegar la inscripció ... dels actes o negocis a què es refereix l'apartat 1, és a dir, a entitats no inscrites en el Registre.* »

Aquesta conclusió s'explica perquè la DGDEJM reconeix la seva preocupació per l'operació realitzada:

«6.1 Que el nostre pronunciament sobre la base dels preceptes de Dret civil sigui en principi estimatori del recurs i reconegui la inscriptibilitat objectiva del document, no vol dir que no compartim la preocupació del registrador de la propietat i de la DGSJFP per la probabilitat que l'opció convinguda, sabent que es convé de manera habitual, sigui efectivament una opció en garantia de préstecs concedits a particulars per entitats que actuen al marge del sistema financer. Insistim, l'opció en garantia és legítima, la permet el CCCat i res no la prohibeix ni a la Directiva europea 2014/17, de 14 de febrer ni, en principi, a la Llei espanyola 5/2019, de 15 de març, l'article 2 de la qual ja admet garanties altres que la hipotecària. Però per ser legítima s'ha de fonamentar en la confiança que el deutor té en el creditor, que consisteix en la convicció que només l'exercirà si ell, el deutor, no compleix, i no ha de vulnerar mai les normes de protecció de consumidors i/o disciplina de mercat. »

I perquè:

«6.2 Si el prestador que fa ús de l'opció en garantia exerceix l'activitat de deixar diners a préstec de manera empresarial, és evident que el préstec passa a ser un préstec a persones consumidores i, llavors, el prestador/optant ha d'acreditar que compleix els requisits que preveu la Llei 5/2019 reguladora dels contractes de crèdit immobiliari, [...]».

En definitiva, la resolució no accepta que el registrador basi la seva qualificació en la sospita que el dret d'opció dugui a terme una funció de garantia, perquè no n'hi ha suficient prova en l'estret marc del procediment registral (i, encara que ho fos, entén que això no comportaria, en el Dret civil català, una sanció de nul·litat per suposar un pacte comissori, que aquest ordenament no prohibeix). En canvi, sí que entén que es desprèn de l'expedient que la titular de l'opció és professional de la contractació immobiliària de manera que les opcions que ofereix a consumidors ho són en garantia de *préstecs* contractats en massa, en paraules de la pròpia DGDEJM. I per això considera que l'entitat s'ha de subjectar a les obligacions de registre que estableix la LCCI.

No hi ha dubte que aquest tipus d'operacions cauen dins de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2014/17/UE i de la norma estatal de transposició, però això tant pel que fa a l'obligació de registre de les entitats prestadores com pel que fa al règim de transparència material que imposa la LCCI, i que el registrador havia fet valer en la seva nota. Sembla d'un rigor extrem, i potser innecessari, titllar d'extralimitada la nota de qualificació quan, en realitat, també la resolució es basa en la sospita de què l'opció encobreix una operació de finançament amb garantia immobiliària. I és justament per aquest motiu que es desestima el recurs i es confirma la nota.

4.4. Els restants defectes: les clàusules financeres, el càlcul aproximat del valor del bé per a l'exercici de l'opció i la notificació notarial infructuosa

Els restants motius de la nota de qualificació són rebutjats (també) en la resolució, tot i que, com s'acaba de dir, la qualificació negativa es confirma.

Pel que fa a la qüestió de les clàusules financeres o sense eficàcia real, la DGDEJM considera que no cal entrar-hi, en constar en l'escriptura la petició d'inscripció parcial (FD 5.4).

Quant a la determinació del preu per part de l'optant mitjançant un càlcul aproximat basat en la informació de la qual pugui disposar en un moment determinat, a diferència del que havia decidit la DGSJFP a les resolucions de 18 de juliol de 2022 i 9 de setembre de 2024, la DGDEJM estima que la clàusula no fa referència a la determinació del preu ni al de quantitats potser lliurades per l'optant al concedent, sinó als «típics serrells de tota compravenda», de manera que l'únic que fa l'escriptura és reflectir el que és una pràctica habitual. Tot i això, reconeix que aquesta manera de procedir pot constituir una vulneració de l'article 568-12.2 CCC, quan estableix la necessitat de consignar el preu a favor dels creditors posteriors (en línia amb l'article 175.6 RH, que citen les resolucions del Ministeri), però, atès que no es va formular com a defecte en la nota, no es pot valorar (tot i que «no podem passar-la per alt») (FD 4.3). Afegeix, a més, que la indeterminació d'una part del preu no és contrària al dret català, d'acord amb l'article 621-5 CCC, que permet fins i tot la indefinició total (FD 4.4). De tota manera, però, cal entendre que aquesta previsió, pensada més aviat per a transaccions de valor inferior i usuals a la vida quotidiana, no pot contradir els principis d'especialitat i protecció de tercers que regeixen en l'àmbit del Registre de la Propietat.

Pel que fa a la manca de recepció efectiva de la notificació notarial, novament la DGDEJM no es considera vinculada pel criteri de la resolució de la DGSJFP de 9 de setembre de 2024, perquè aquesta es referia a la notificació de l'exercici unilateral per burofax, i no per via notarial, i a un immoble situat a Madrid. El primer és un argument molt clar (i opera també quant a la resolució de la DGSJFP de 18 de juliol de 2022, relativa a un immoble situat a Barcelona) i, pel que fa al segon, la DGDEJM es basa en què l'article 568-12 CCC exigeix per a l'exercici unilateral només que la notificació es realitzi per via notarial i que la clàusula contractual en virtut de la qual el concedent manifesta assumir a tots els efectes que no rebre la notificació notarial no derivarà en manca de notificació per al correcte exercici del dret d'opció s'ha d'entendre en el sentit dels articles 202 i 203 RN, sense que afegeixi ni tregui res (FD 5.3). En tot cas, considera que aquesta qüestió s'hauria de valorar en el moment d'inscriure l'adquisició per part de l'optant i no a l'hora d'inscriure el dret d'opció, cosa que, novament, divergeix del criteri mantingut per la DGDEJM quant a altres figures com la condició resolutòria.¹¹

5. Resolució JUS/3813/2025, de 14 de febrer de 2025 (DOGC núm. 9257, de 24.10.2025). Compravenda de drets de llotja al Gran Teatre del Liceu

5.1. Introducció

Uns socis de la Societat del Gran Teatre del Liceu i titulars de drets sobre tres butaques del teatre, inscrits al Registre de la Propietat com a drets reals de servitud perpètua i personal subjectes a l'article 531 CCE segons les escriptures de les quals deriven, els van vendre al Consorci del Gran

¹¹ ANDERSON, «Comentario a la RDGSJFP de 11 de mayo de 2021...».

Teatre del Liceu, titular de la propietat del teatre, que en sol·licita la cancel·lació per confusió, en haver-se consolidat a favor seu el ple domini de les butaques. Els titulars dels drets eren socis de la Societat del Gran Teatre del Liceu.

L'escriptura es va presentar dues vegades. La primera qualificació negativa es va basar en què no hi ha confusió (pròpia del dret d'obligacions), ni tampoc consolidació, perquè no concorren en un sol subjecte totes els drets, obligacions i deures corresponents a aquests drets i perquè es va considerar que les servituds constituïen un patrimoni separat i tancat del patrimoni de cada soci de la Societat del Gran Teatre del Liceu, a més de constatar que la Llei 22/2001, de 31 de desembre, admetia la servitud de propietari. Atès que la sol·licitud de qualificació substitutòria va ser inadmesa per presentació extemporània, l'escriptura es va tornar a presentar per a la seva inscripció. La registradora va reproduir la qualificació negativa. La qualificació substitutòria, en aquest cas, va confirmar la nota, tot i considerar que hi ha una única servitud personal (que el Dret català no prohibeix) a favor de la Societat, de titularitat mancomunada o germànica.

El Consorci va recórrer, explicant que els drets adquirits deriven d'unes escriptures de 1994 i 1998 que vehiculaven la transmissió de la propietat del teatre per part de la Societat al Consorci, a canvi de què aquest el reconstruís després de l'incendi de 31 de gener de 1994. A més, el Consorci havia de reconèixer a favor dels socis de la Societat els drets sobre les llotges i butaques que tenien assignats. En defensa de la seva postura, el Consorci considera que el dret català no admet les servituds personals, que l'article 531 CCE no és aplicable a Catalunya i que, per efecte de l'entrada en vigor del llibre cinquè del CCC, les constituïdes amb anterioritat s'han convertit en drets d'aprofitament parcial, que es poden extingir per consolidació. Tampoc no accepta que hi hagi un únic dret de servitud ni que els drets sobre les butaques i llotges constitueixin patrimonis separats.

La Societat formula al·legacions, en què sembla defensar l'aplicació supletòria de l'article 531 CCE a les servituds personals que no regula el Dret català. Potser per aquest motiu, entén que la competència per resoldre correspon a la DGSJFP, perquè el recurs no té per objecte una qualificació fonamentada exclusivament en el dret civil català. També considera que el Consorci incorre en un abús de dret material, atès que l'adquisició de drets sobre les llotges i butaques no figura entre les seves finalitats. Nega que la servitud personal (que concep com a única, igual que la qualificació substitutòria) s'hagi convertit en un dret d'aprofitament parcial i que s'hagi extingit per consolidació.

5.2. La qüestió competencial

La registradora va elevar l'expedient a la DGSJFP, la qual va comunicar a la DGDEJM que, en tractar el recurs exclusivament d'una qüestió de dret civil català (la consolidació de servituds personals que han desaparegut de l'ordenament català, transformant-se en drets d'aprofitament parcial), s'inhibia de resoldre.

El parer de la DGSJFP es té en compte com a argument afegit a la succinta defensa de la pròpia competència per part de la DGDEJM (FD 1.3):

«1.3 Segons aquesta Direcció General, ens correspon indubtablement la competència per resoldre aquest recurs. Com també hem afirmat reiteradament en nombroses resolucions, aquesta competència ve establerta per l'article 1 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, en declarar que el seu

objecte el constitueixen els recursos en què les qualificacions impugnades o el mateix recurs es fonamenten, de manera exclusiva o juntament amb altres motius, en normes del dret català o en la seva infracció, precepte sobre la constitucionalitat del qual no es va pronunciar la STC 4/2014 i, al qual, per tant, no afecta la sanció d'inconstitucionalitat que imposa la sentència a altres preceptes de la Llei 5/2009, de 28 d'abril.[...] »

5.3. La naturalesa dels drets dels socis sobre les llotges i butaques del Liceu

Tenint presents les diferents opinions dels intervinents en l'expedient quant a la naturalesa dels drets dels socis sobre les llotges i butaques, la DGDEJM considera que aquests drets s'han vist afectats per dos fets: l'incendi del teatre de gener de 1994 i l'entrada en vigor del llibre cinquè del CCC (FD 2.2).

Pel que fa el primer, es repassa la història de les relacions entre la Societat, que va adquirir el solar on es va construir el teatre (1844) i després l'edifici mateix (1847) i el Consorci, que en va assumir l'explotació el 1980. La Societat va conservar la propietat i els socis, els seus drets sobre les llotges i butaques. Arran de l'incendi de 1994, la Societat va transmetre la propietat i la indemnització al Consorci, amb l'obligació del reconstruir, i es reconeixia a la Societat el dret d'adquirir amb preferència, a favor dels seus socis, els drets a utilitzar les llotges i butaques, sense poder-los transmetre. Tampoc els drets dels socis es podien transmetre entre vius a títol gratuït, si no era en favor de persones properes, i la transmissió onerosa a tercers estava subjecta a dret d'adquisició preferent per part del Consorci. Arran de desavinences entre la Societat i el Consorci, que van acabar amb la declaració de nul·litat dels acords de la Junta de la Societat en què es basava el pacte de 1994, es va atorgar nova escriptura el 1998. En aquesta darrera, a més de ratificar les transmissions acordades quatre anys abans, es va substituir la servitud personal constituïda a favor de la Societat per una pluralitat de servituds perpètuas i personals a favor dels socis, que en podien disposar lliurement, sense que el Consorci tingués ja dret d'adquisició preferent (FD 2.2 i 2.3).

El segon factor que impacta els drets dels socis, segons la resolució, és l'entrada en vigor de la Llei 5/2006, de 10 de maig. Quan es van aprovar els acords de 1994 i 1998, estava en vigor la Llei 13/1990, de 9 de juliol, que no regulava les servituds personals, com tampoc no ho havia fet la Compilació. *Obiter*, la DGDEJM dona a entendre que, fins i tot en aquest context normatiu, la disposició final quarta de la Compilació conduïa a considerar inaplicable l'article 531 CCE a Catalunya (FD 2.3, final). Aquesta conclusió esdevé inqüestionable, afirma la DGDEJM, arran de l'exclusió de les servituds personals de l'ordenament jurídic català, perquè s'han transformat en drets d'aprofitament parcial. Això regeix també per a les constituïdes abans de l'entrada en vigor del llibre cinquè del CCC, d'acord amb la disposició transitòria setzena de la Llei 5/2006. El canvi de denominació i de naturalesa (atès que els drets d'aprofitament parcial no poden ser perpetus, sinó que tenen una durada màxima de 99 anys i són redimibles) no respon a la voluntat unilateral del Consorci ni tampoc requereix resolució judicial, ja que és el resultat d'un canvi de legislació (FD 2.4).

Tant la qualificació inicial com la substitutòria i el recurs, doncs, parteixen erròniament de l'aplicació de l'article 531 CCE. Tampoc no es considera que els drets de llotja constitueixin un patrimoni separat dels socis, atès que per a això caldria una disposició legal expressa. Segons la DGDEJM, un patrimoni separat hauria d'estar integrat per titularitats dominicals i no per titularitats de drets reals limitats (FD 2.5), cosa discutible si es pensa en patrimonis afectes a

necessitats personals que poden comprendre, perfectament, drets d'usdefruit o de cens i, eventualment, també drets del tipus contemplat en aquest supòsit. La possible configuració com a mancomunitat germànica tampoc no s'acull, en haver desaparegut a l'escriptura de 1998 (FD 2.5).

5.4. L'extinció per consolidació dels drets de llotja

Havent conclòs que els drets dels socis sobre les llotges i butaques estan subjectes, actualment, a les normes del CCC relatives als drets d'aprofitament parcial, els són aplicables les causes d'extinció d'aquest dret real limitat (com el decurs del termini o la redempció, articles 563-2.4 i 563-3), així com les pròpies dels drets reals (article 532-1), entre les quals s'hi troba la consolidació (mentre que les servituds, a Catalunya, afirma la DGDEJM, no s'extingeixen per aquesta causa: article 566-3.3) (FD 31 3.2).

Ara bé, la DGDEJM reconeix a continuació que l'extinció per consolidació dels drets d'aprofitament parcial presenta particularitats, degut a la remissió que fa l'art. 563-1 CCC a les normes que regulen el dret d'usdefruit. Tots dos drets, per tant, si recauen sobre immobles, no s'extingeixen pel sol fet de concórrer en la mateixa persona la titularitat dominical i la del dret real limitat, sinó que aquesta circumstància faculta per poder extingir-los i cancel·lar-los al Registre de la Propietat, per aplicació analògica de l'article 566-3.3 CCC, relatiu a la servitud de propietari. Per la qual cosa s'estima el recurs i s'ordena la cancel·lació dels drets d'aprofitament parcial adquirits pel Consorci (FD 3.3. i 3.4).

6. Resolució JUS/4367/2025, de 16 d'abril de 2025 (DOGC núm. 9556, de 3.12.2025). Escriptura d'acceptació d'herència i lliurament de llegats per un sol cohereu

6.1. Introducció

La causant va deixar testament en què instituïa hereus vitalicis els seus dos fills. A banda de la distribució del romanent entre a aquests, a un fill (A) li atribueix l'usdefruit universal de cinc finques i a l'altre (B), l'usdefruit d'una finca. La nua propietat es llega, per estirps, als nets, fills de cadascun dels fills. S'estableix que els legataris d'usdefruit poden prendre possessió per ells mateixos, es prohibeix la detracció de la quarta falcídia i s'ordena que, si algun dels fills considerés que els llegats afecten la intangibilitat qualitativa o quantitativa de la llegítima, només la podran reclamar dels seus respectius fills.

No es discuteix la qüestió d'aquesta particular previsió testamentària relativa a la llegítima, sinó que la resolució gira al voltant de la inscripció de l'escriptura d'acceptació d'herència atorgada per A, en què lliura el llegat de nua propietat de les cinc finques que se li han deixat en usdefruit universal als seus fills, sense que hi concorri B. La registradora qualifica negativament, en considerar que per al lliurament del llegat cal la intervenció de l'altre cohereu, tret que hagi renunciat a l'herència o no l'hagi acceptat (perquè, en aquest darrer supòsit, entraria en joc l'article 411-9 CCC).

Els interessats van recórrer al·legant, molt resumidament, que A tenia atribuïda expressament al testament la facultat de prendre possessió per ell mateix de l'usdefruit universal (a la qual cosa

l'autoritzaria en qualsevol cas l'article 427-22.4 CCC, per la seva condició de prelegatari) i que el lliurament dels llegats de nua propietat als seus fills no és una disposició patrimonial, sinó un acte instrumental per tal de complir la distribució entre nua propietat i usdefruit que va voler la causant i poder fer-la constar al Registre de la Propietat per a la plena efectivitat i oposabilitat del dret d'usdefruit al tràfic jurídic.¹² Consideren també que, si bé literalment el testament no estableix expressament aquesta facultat de lliurar la nua propietat, i tampoc no faculta els legataris de nua propietat per a prendre'n possessió per si mateixos, la interpretació del testament en el seu conjunt mena a entendre que aquella era la veritable voluntat de la testadora, a la cerca de la qual s'ha de guiar la interpretació (articles 421-1 i 421-6 CCC i doctrina de la DGDEJM). Finalment, manifesten que el lliurament no vulnera cap dret dels hereus i que, cas que s'hagués de reduir el llegat (per vulneració de la llegítima, atès que la causant va prohibir la detracció de la quarta falcídia), l'hereu tindria un simple dret de crèdit contra el legatari, que sempre podria evitar la reducció pagant-ne l'import en diners (articles 422-27.2 i 451-22.4 CCC).

També presenta al·legacions el notari que va autoritzar l'escriptura, considerant que el testament fa una distribució de l'herència per stirps, de caràcter particional, en què els llegats tenen «una funció més de repartiment dels béns entre els hereus que de gravamen», de manera que es pot prendre com un tot usdefruit i nua propietat per stirps de caràcter particional, que legitimaria els legataris de l'estirp, per extensió, a prendre'n possessió per ells mateixos. Argumenta, també, que fins i tot si no s'admetés aquesta interpretació, caldria veure fins a quin punt lliurar la nua propietat no entra en la mateixa essència de prendre possessió de l'usdefruit, atès que comporta una determinació clara de la titularitat gravada. A més, estima que el motiu pel qual el legislador prohibeix amb caràcter general la presa de possessió dels llegats per part dels legataris és la protecció del dret de l'hereu a reduir els llegats, però, en aquest cas, difícilment B podria al·legar que els llegats són excessius, perquè els legataris de nua propietat no responen dels deutes de l'herència i ni A ni B estan gravats per altres llegats; la causant ha exclòs la reducció per falcídia i, a més, tampoc no hi hauria inoficiositat perquè la causant la redueix a la respectiva stirp. Molt encertadament, explica que, si el llegat a favor d'A hagués estat en plena propietat, B es trobaria en la mateixa situació. Considera que ha de prevaler el pragmatisme en aquest punt, tot i que assenyala també que la legislació catalana ha anat ampliant les possibilitats que el legatari prengui possessió per si mateix, sobre la base del principi de llibertat civil i atesa la naturalesa i quantia de la llegítima, que la separen del CCE. En tractar-se d'un mer dret de crèdit, del qual respondria el legatari amb els seus béns, a B li és indiferent que el llegat s'hagi lliurat o no.

6.2. La interpretació del testament en el seu conjunt

La DGDEJM recorda, d'acord amb la seva pròpia doctrina, els criteris d'interpretació establerts a l'article 421-6 CC (FD 1.1), però també assenyala que el procediment registral es troba limitat a l'hora d'investigar la veritable voluntat del causant, havent de ser possible conèixer quina és aquesta en virtut, bàsicament, del propi testament, la interpretació del qual per part de l'hereu decau quan és part interessada, com succeeix en aquest cas (FD 1.2). Tampoc no s'entén implícita en l'atribució de la facultat de prendre possessió del llegat d'usdefruit universal la de lliurar el llegat de nua propietat dels immobles, perquè, d'acord amb l'article 427-22 CCC, el causant ho ha d'autoritzar expressament (FD 1.3). Tot i això, de la lectura del testament en conjunt se'n desprèn que conté una distribució de béns de caire particional, amb repartiment per stirps, tan

¹² Val a dir que, si bé la primera inscripció d'una finca ha de ser la de domini (article 7 LH), no hauria de succeir el mateix amb les inscripcions successives.

clara que implica l'entrega dels llegats en nua propietat per part de qui en té l'usdefruit, en ser un acte degut (FD 1.4). I, des d'aquesta perspectiva, «prenent com un tot usdefruit i nua propietat», tal i com proposa el notari en les seves al·legacions, es pot fer extensiva l'autorització de prendre possessió dels prelegats a cada estirp dels legataris, perquè, a més, «lliurar la nua propietat entra en la mateixa essència de prendre la possessió de l'usdefruit» (perquè cal, afirma la DGDEJM, per tal de tenir determinada la relació jurídica) i la pot lliurar per si sol un dels hereus sense la concurrència de l'altre (FD 2.2). Malgrat tenir present la lletra de l'article 427.22.3 CCC, la DGDEJM sembla concloure de nou que n'hi ha prou amb el consentiment d'un sol dels cohereus en el cas concret. Considera que «el llegat d'usdefruit a favor de l'hereu és un llegat d'eficàcia real i, perquè tingui efectivitat, cal lliurar la nua propietat de les respectives finques, per això el lliurament de la nua propietat és també un llegat d'eficàcia real sobre finques certes i determinades», del qual poden prendre possessió els legataris per ells mateixos (FD 2.3). Els arguments dels recurrents i del notari quant a la reducció de llegats són assumits per la resolució i, per tant, es conclou que ni de l'escriptura ni dels restants documents que consten a l'expedient es pot interpretar que el lliurament dels llegats pugui perjudicar l'altre cohereu de cap manera (FD 2.4 i 2.5). Malgrat les limitacions del procediment registral, doncs, es procedeix, per raons pràctiques molt clares, a una interpretació conjunta i integradora del testament. Llàstima que, en la formació de l'expedient, no es notifiqués l'altre cohereu. En qualsevol cas, la DGDEJM considera que té prou eines per valorar i procedeix a revocar la nota, de manera que l'escriptura d'acceptació i lliurament de llegats s'inscriurà al registre pertinent, com ja havia succeït amb finques situades en altres poblacions.

7. Resolucions JUS/4366/2025, de 17 de setembre, JUS/4368/2025, de 19 de setembre i JUS/4370/2025, d'11 de novembre de 2025 ((DOGC núm. 9556, de 3.12.2025). Prohibició de certes destinacions dels elements privatis en propietat horitzontal i número únic d'arrendaments de curta durada (turístics i no turístics)

7.1. Introducció

Es comenten ara conjuntament tres resolucions relatives a l'assignació del número únic de registre d'arrendaments de curta durada previst al Reial decret 1313/2024, de 23 de desembre, pel qual es regula el procediment de Registre Únic d'Arrendaments i es crea la Finestreta Única Digital d'Arrendaments per a la recollida i l'intercanvi de dades relatives als serveis de lloguer d'allotjaments de curta durada. El referit número únic l'atorga el Registre de la Propietat, a instància de l'interessat, un cop s'ha comprovat que no hi ha elements que ho impedeixin, d'acord amb la legislació aplicable i els possibles acords de la comunitat de veïns. En el cas dels arrendaments per a usos turístics cal, a més, la inscripció en el Registre de turisme de Catalunya¹³ com a habilitació administrativa que permet oferir els serveis per mitjà de plataformes en línia.

Dues d'aquestes resolucions són idèntiques (JUS/4366/2025 i JUS/4368/2025), perquè es decideix sobre el recurs presentat per la mateixa empresa quant a la possibilitat de destinar dos habitatges situats al mateix edifici i dins de la mateixa comunitat de propietaris a arrendament de temporada de caire no turístic. La tercera (JUS/4370/2025) tracta la destinació a ús turístic d'un habitatge en propietat horitzontal situat en una població diferent.

¹³ Article 73 de la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya.

En el cas de les resolucions JUS/4366/2025 i JUS/4368/2025, els estatuts de la comunitat estableixen que els elements privatis en cap cas no es poden dedicar a «col·legi, acadèmia, hostatgeria, habitatge d'ús turístic, *bed & breakfast*, fonda, pensió, hotel o qualsevol modalitat anàloga». El registrador considera que l'activitat d'arrendament de temporada per a la qual se sol·licitava el número únic de registre entrava dins de la prohibició, tot i que sense argumentar-ho. La recurrent, en canvi, entén que es tracta d'arrendaments d'ús diferent del d'habitatge, amb la finalitat de proporcionar habitatge temporal a estudiants durant el curs escolar, emparat per l'article 3.2 de la Llei d'arrendaments urbans (LAU) i que, si bé les comunitats poden prohibir l'activitat d'habitatges de tipus turístic, no poden prohibir que es destinin a habitatges de temporada, perquè això comportaria la supressió d'una facultat essencial del domini sobre l'element privatiu, les restriccions al qual s'han d'interpretar restrictivament i, en l'àmbit de la propietat horitzontal, han de constar expressament d'acord amb l'article 553-40 CCC.

En el cas de la Resolució JUS/4370/2025, l'habitatge es destina a lloguer d'ús turístic. Als estatuts de la comunitat s'hi estableix que: «Art. 13: Queda prohibit als propietaris i ocupants de tots els habitatges que componen el conjunt desenvolupar en ells activitats que suposin alteració del seu destí, i es prohibeix expressament, a més de les limitacions que imposa la llei: destinar els habitatges a cases d'hostes, col·legis, acadèmies o a qualsevol activitat que resulti danyosa per la finca... ».

La part recurrent considera que el lloguer d'ús turístic no queda inclòs en aquesta prohibició, atès que l'activitat d'hostatjatge s'equipara a les dels establiments hotelers al Reial decret 933/2021, de 26 d'octubre, i, per tant, no es troba dins de les activitats prohibides pels estatuts. Segons el recurs, el lloguer d'ús turístic no suposa una alteració de l'ús residencial de l'habitatge (cita l'article 221 del Decret 75/2020 i el pla municipal), i que no es tracta d'una activitat danyosa per a la comunitat, per la qual cosa, a manca de prohibició expressa, s'hauria de procedir a l'assignació del número sol·licitat.

7.2. La qüestió competencial

Atès que en tots tres casos es tracta d'esbrinar si l'activitat infringeix acords de la comunitat de propietaris i, per a immobles situats a Catalunya, on existeix una regulació íntegra de la propietat horitzontal, els acords s'han d'interpretar d'acord amb aquesta normativa, és competent per a resoldre la DGDEJM, d'acord amb el fonament de dret 1.1 de les Resolucions JUS/4366/2025 i JUS/4368/2025. En els supòsits que van donar lloc a aquestes resolucions, el recurs s'havia presentat al Registre de la Propietat que havia emès la nota i també a l'Oficina del Registre del Ministeri de Justícia, que el va remetre al registrador per a la seva tramitació. En considerar que la competència correspon a la DGDEJM, el registrador va elevar l'expedient a aquesta Direcció General, tot fent l'avertiment exprés al qual es refereix l'article 3.3 de la Llei 5/2009, de 28 d'abril, tal i com insisteix la DGDEJM que cal fer (FD 1.2). Per bé que aquest requisit procedimental es va complir, no va succeir el mateix amb altres igualment rellevants, com és la necessitat de què en la nota de qualificació es faci constar la possibilitat de recórrer davant la DGDEJM i no només davant la DGSJFP o els tribunals, i el recurs es va elevar a la Generalitat un mes després de la seva interposició, un cop rebudes les al·legacions de la comunitat i elaborat l'informe del registrador, contra l'avertència realitzada sovint per la DGDEJM en el sentit que cal enviar el recurs de manera immediata, sens perjudici que es completi l'expedient amb posterioritat (FD 1.3).

En el cas de la resolució JUS/4370/2025, no sembla que es desprengui de la relació de fets que es suscités controvèrsia quant a l'òrgan competent per a resoldre el recurs governatiu. Segons els resums que aporta la resolució, en la nota de qualificació es citen l'article 553-11 CCC (a més de l'article 17 de la Llei de propietat horitzontal estatal) i la Llei 4/2017, de 28 de març, del Parlament de Catalunya, per la qual es regula el lloguer turístic. En el recurs, el Decret 75/2020, de 4 d'agost, de turisme de Catalunya. Tot i això, el primer fonament de dret es dedica a justificar la competència de la DGDEJM.

En aquest sentit, es considera que, malgrat ser el Reial decret 1312/2024 una norma estatal dictada a l'empara de la competència per a la ordenació dels registres i instruments públics (FD 1.2), «la qualificació es fonamenta en l'existència d'una norma de comunitat que prohibeix que cap dels departaments d'una propietat horitzontal es destini a “cases d'hostes”, i la propietat horitzontal, quan es tracta d'edificis situats en territori català es regeix exclusivament per les normes del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya de conformitat amb els articles 14 de l'Estatut d'autonomia de 2006 i 10 en relació amb el 16 del Codi civil espanyol», afegint que «per valorar adequadament la qüestió que es debat, caldrà determinar si la regulació dels habitatges per a ús turístic està o no inclosa dins la normativa de turisme, que és de competència exclusiva de Catalunya (article 171 de l'Estatut d'autonomia), o bé d'habitatge, que també és competència exclusiva de Catalunya (article 137 de l'Estatut d'autonomia)» (FD 1.3).

7.3. Arrendament temporal i arrendament d'ús turístic

Com ja s'ha apuntat, la resolució JUS/4370/2025 fa referència a una sol·licitud de número únic per a habitatge d'ús turístic, mentre que les resolucions JUS/4366/2025 i JUS/4368/2025 decideixen sobre una sol·licitud relativa a arrendament de curta durada o temporal, en concret, per a cobrir les necessitats d'habitatge a estudiants durant el curs escolar.

En aquestes dues resolucions referides a arrendaments temporals, la comunitat formula al·legacions al recurs, en considerar que l'arrendament de temporada és un servei d'hostatgeria, a l'empara de l'article 2 del Reial decret 933/2021, de 26 d'octubre, inclòs, per tant, en la prohibició estatutària, que és anterior a l'auge d'aquest fenomen i per això no els designa nominativament.

Per a la DGDEJM, aquesta conclusió no és encertada, mentre que són atendibles els arguments del recurs. L'article 2.a) del Reial Decret 1312/2024 remet a l'article 3.2 de la LAU per als arrendaments de curta durada. L'article 3.2 LAU distingeix els arrendaments de temporada, sigui d'estiu o qualsevol altra, dels arrendaments per exercir una activitat industrial, comercial, professional o similar. I els estatuts de la comunitat el que prohibeixen és aquest segon tipus d'arrendament, no el de temporada en sentit estricte, com ho és el que s'ofereix a estudiants per al curs acadèmic. Cita també l'article 4.2.a) del Reial decret 1312/2024, atès que igualment diferencia les necessitats derivades de vacances o de turisme, d'altres causes que determinen que la necessitat d'habitatge no sigui permanent, entre les quals s'hi troben raons laborals, d'estudis o mèdiques. A més, les limitacions al dret de propietat s'han d'establir de manera expressa i s'han d'interpretar restrictivament, de manera que tampoc l'al·lusió als estatuts a «qualsevol modalitat anàloga d'ús» es pot estendre fins a incloure en la prohibició estatutària supòsits tan diversos (FD 2.5). Davant d'això, les al·legacions de la comunitat no són suficients per a desvirtuar la conclusió a què s'arriba: l'article 2 del Reial decret 933/2021 considera activitat d'hostatgeria la

que implica pernocta d'un o pocs dies, no temporades més llargues com pot ser el curs escolar, i l'al·legació que els estatuts són anteriors a la proliferació actual d'arrendaments de temporada, a banda de constituir un reconeixement implícit de què la prohibició no els inclou, es soluciona en tot cas per mitjà d'una modificació estatutària (FD 2.6). També remarquen les resolucions que la sol·licitud de número únic ho és «d'arrendament no turístic» i que, si realitzés lloguers de tipus turístic, el registrador cancel·laria la nota marginal i ho comunicaria a la Finestra Única Digital d'Arrendaments, de manera que s'eliminarien o inhabilitarien tots els anuncis relatius a aquest número en plataformes (FD 2.8).

En el cas de la resolució JUS/4370/2025, la DGDEJM recorda que no hi ha cap dubte que els estatuts de propietat horitzontal poden prohibir la realització de determinades activitats en els elements privatis¹⁴ i que aquesta és una pràctica habitual, que en els darrers anys s'ha emprat per tal de prohibir la realització d'activitats turístiques. Aquestes prohibicions seran oposables a tercers des de la seva inscripció al Registre de la Propietat (article 553-11.3 CCC) (FD 2.2). A continuació, basa la seva decisió en què el Reial decret 933/2021 no és aplicable a Catalunya (article 171 de l'Estatut); ho són la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya, i el Decret 75/2020. D'acord amb aquest darrer, es regulen els habitatges destinats a ús turístic com una utilització de l'habitatge per a una finalitat d'empresa de caràcter turístic. El fet que els estatuts de la comunitat de propietaris emprin «la terminologia antiga “cases d'hostes” ha de referir-se també als usos d'arrendament per a ús turístic, categoria legal posterior a la data d'inscripció al Registre de la Propietat dels estatuts –l'any 2004». La manca de correspondència terminològica exacta no és obstacle a concloure que dins la categoria «cases d'hostes» s'integren els actuals arrendaments per a ús turístic (FD 2.3).

La resolució acaba considerant que l'acord de la comunitat inscrit és un obstacle per a l'obtenció del número únic de registre de lloguer. En el supòsit, sembla ser que el propietari que el sol·licita exercia l'activitat turística des d'abans de 2022 i la modificació dels estatuts es va practicar (no consta quan a l'expedient) en virtut d'una escriptura de 2004, però el recurs no discuteix l'aplicació de la norma estatutària i tampoc no consta inscrita l'oposició del propietari a l'acord que l'exclogui de la prohibició, de manera que el recurs es desestima (FD 2.4).

7.4. Wherever I lay my hat (that's my home): no és llar la temporal?

Les resolucions JUS/4366/2025 i JUS/4368/2025 contenen un fonament de dret (2.7) que es destina a explicar la divergència de criteri mantinguda amb dues resolucions de la DGSJFP de 18 de juny¹⁵ i 17 de juliol de 2025¹⁶ en què es va considerar que l'arrendament de temporada no turístic estava prohibit pels estatuts, no tant per la relació d'activitats prohibides que contenien, sinó pel fet d'establir que els elements privatis s'havien de destinar a «llar» o «domicili permanent» dels seus propietaris o inquilins. Aquest és el factor diferencial, explica la DGDEJM, pel qual s'estima que un lloguer d'estudiants seria incompatible amb els estatuts.

Però, molt encertadament, la DGDEJM contempla aquesta incompatibilitat «amb reserves», tot i no desenvolupar més aquesta idea. Sí que ho fa, en canvi, l'article 66 *bis* de la Llei 18/2007, per

¹⁴ En el mateix sentit, resolució de la DGSJFP d'11.9.2025 (BOE núm. 301, de 16.12.2025) i, entre moltes altres, STS 1671/2023, de 29.11.2023 (ECLI: ES:TS:2023:5199) o STS 105/2024, de 30.1.2024 (ECLI: ES:TS:2024:331), referida aquesta última també a una prohibició als estatuts amb la terminologia antiga «hospederia».

¹⁵ BOE núm. 163, de 8.7.2025.

¹⁶ BOE núm. 189, de 7.8.2025.

al dret a l'habitatge, introduït (per segona vegada) per la Llei 11/2025, de 29 de desembre, en establir, en el seu primer apartat, que «es considera arrendament d'habitatge permanent el destinat a la satisfacció de la necessitat d'habitatge, amb independència de la seva durada» i, en el segon apartat, subjecta els arrendaments subscrits amb caràcter temporal, entre els quals s'hi inclouen els lloguers a estudiants, a un seguit de normes tuitives de l'arrendatari, incloent el control de rendes, amb l'exclusió de les relatives a la durada legal mínima (que regirà també, d'acord amb els apartats següents de l'article, quan s'incompleixin les seves disposicions o s'articulin pròrrogues o renovacions amb la finalitat de burlar-les). Aquesta disposició té com a objectiu posar fi a la pràctica fraudulenta de llogar habitatges per una durada inferior a l'any per tal d'evitar l'aplicació del règim de pròrrogues forçoses, però també de la resta de normes incloses a la LAU en benefici de l'arrendatari amb caràcter imperatiu. Paral·lelament, però, aquesta norma suposa un reconeixement de què també és habitatge el lloc on es viu de manera no permanent per causes laborals, mèdiques, d'estudis o similars i, per tant, ha de gaudir del mateix nivell de protecció. I és que, cada cop més, la permanència en l'habitatge és relativa: els canvis poden respondre a eleccions personals (com en el cas dels anomenats nòmades virtuals), a raons com les que recull el nou article 66 *bis* de la Llei 18/2007, a necessitats imprevistes o a situacions de vulnerabilitat, i en tots aquests casos, cal que les persones puguin desenvolupar la seva personalitat, pel temps que sigui, en un entorn segur i privat que és, sens dubte, la seva «llar». Dit això, caldrà veure si la professionalització dels lloguers de pisos a estudiants és o no una bona alternativa a la situació actual.

8. Resolució JUS/4369/2025, d'1 d'agost de 2025 (DOGC núm. 9556, de 3.12.2025). Escripura d'acceptació d'herència i lliurament de llegats atorgada per un sol dels cohereus, incloent una finca subjecta a substitució preventiva de residu

8.1. Introducció

La causant de la successió va atorgar testament l'any 2001, en què instituïa hereu el seu marit, establint que «els substituïts vulgars designats ho seran també, pels mateixos casos i de la mateixa forma, preventius de residu respecte d'aquells béns que l'hereu primerament instituït o anteriorment instituït no hagués disposat per acte *inter vivos* en el moment de la seva mort». La causant va morir el 2022. El marit instituït hereu va morir l'any 2022, havent deixat testament atorgat l'any 2015, en què instituïa hereus els seus divuit nebots, que són els atorgants de l'escripura d'acceptació que es presenta per a la seva inscripció.

La registradora qualifica negativament, en considerar que calia la intervenció dels substituïts designats al testament, d'acord amb els articles 243 i següents del Codi de successions de 1991 (CS), i perquè la suma de les participacions adjudicades no comprenia el 100% de la finca.

Els recurrents al·leguen, en essència, que en el testament de 2001 es va preveure una substitució preventiva de residu (i no un fideïcomís, ni una substitució fideïcomissària de residu) i que, per tant, la substitució queda sense efecte si l'hereu instituït mor deixant hereu voluntari (article 250 CS), com succeeix en aquest cas. D'altra banda, consideren fàcilment esmenable el defecte relatiu a la suma de les participacions, que atribueixen a l'arrodoniment (la diferència és de 9 mil·lèsimes).

La registradora confirma la seva qualificació, emparant-se, pel que fa al defecte relatiu a la manca de participació dels substituïts en l'escriptura d'acceptació d'herència, en la interpretació textual del testament: considera que, no havent disposat l'hereu instituït de la meitat indivisa de la finca de què es tracta en el moment de la seva mort, aquesta resta subjecta a la substitució.

8.2. El dret aplicable per raó del temps

No sembla que cap dels intervinents en el procediment registral qüestioni l'aplicació del CS a la successió de la causant que va establir la substitució. La DGDEJM la confirma, atès que la defunció es va produir abans de l'entrada en vigor del llibre quart del CCC (disposició transitòria quarta, apartats 1 i 2, de la Llei 10/2008), mentre que la successió del marit i hereu instituït, que va morir l'any 2022, es subjecta al CCC (disposició transitòria primera de la Llei 10/2008) (FD 1.1 a 1.3).

El FD 1.4 fa referència a l'article 421-1 CCC i també a la disposició transitòria segona, apartat 2, de la Llei 10/2008. Aquesta, però, s'aplica a successions obertes després de l'entrada en vigor de l'esmentada Llei, que no és el cas de la causant que va establir la substitució discutida.

8.3. Entre el fideïcomís de residu i la substitució preventiva de residu

La resolució distingeix entre el fideïcomís de residu i la substitució preventiva de residu, explicant que, tant en el CS com en el CCC (malgrat que el canvi sistemàtic pugui induir a confusió¹⁷), la segona té com a finalitat evitar la successió intestada i que, per tant, queda sense efecte si l'instituït mor deixant hereu voluntari, com succeeix en aquest cas (FD 2.2).

Per arribar a aquesta conclusió, la DGDEJM s'empara en el fet que en el testament, atorgat davant de notari i amb el seu assessorament, no s'empren en cap moment expressions que facin referència a la substitució fideïcomissària ni al fideïcomís de residu, sinó que s'utilitza el terme tècnicament correcte (substitució preventiva de residu) i, per això, «la referència a la disposició dels béns per *acte inter vivos* s'hauria d'estendre a aquells béns que quedin en el moment de la seva mort si no ha fet testament o ha disposat altrament per títol de mort» (FD 2.1). Tot i que no afecta la resolució del supòsit concret, perquè la delació del substituït és acceptada, i per bé que amb anterioritat s'ha afirmat que la figura té com a objectiu evitar la successió intestada, de la redacció de la resolució se'n desprèn un criteri favorable a considerar que, per tal que no es produeixi la delació a favor dels substituïts, n'hi ha prou amb què el substitut hagi atorgat testament o heretament, amb independència que aquest sigui vàlid i eficaç o no, cosa que contradiria la lletra tant de l'article 250 CS com de l'article 426-59, especialment el punt 3, CCC (cfr. article 426-18 CCC).¹⁸ Sigui com sigui, la DGDEJM considera que la mera referència a què la substitució estigui prevista, textualment, per als béns dels quals el substituït no hagi disposat entre vius no és suficient per contradir la conclusió a la qual s'arriba, perquè això obviaria que «perquè les persones designades per la testadora puguin adquirir dits béns com a 'substituïts preventius de residu' és necessari que, prèviament l'hereu o legatari (originàriament instituït) mori sense deixar hereu voluntari (art. 250.1 del CS) i que, per tant, en el present supòsit la substitució preventiva de residu ha quedat exclosa pel testament de marit de l'any 2015» (FD

¹⁷ MARSAL GUILLAMET, «Comentari a l'article 426-59», a: EGEA I FERNÁNDEZ/FERRER I RIBA (ed.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 741.

¹⁸ MARSAL GUILLAMET, «Comentari a l'article 426-59», p. 741, 742 i 745.

2.4). A parer de qui subscriu, es tracta, en definitiva, d'una qüestió de determinar si preval la denominació atorgada a la figura o bé la seva descripció en el testament.¹⁹

El recurs, però, s'estima només parcialment, en el sentit indicat, perquè es manté el defecte consistent en què la suma de participacions adjudicades no dona el total del 100% de la finca i s'ha d'esmenar (FD 3.1), s'entén que sobre la base del principi de determinació registral.

9. Resolució JUS/4371/2025, de 17 de setembre de 2025 (DOGC núm. 9556, de 3.12.2025). Cancel·lació de substitució fideïcomissària

9.1. Introducció

Aquesta resolució decideix per segona vegada sobre la cancel·lació d'una substitució fideïcomissària sol·licitada pel titular d'un element privatiu en propietat horitzontal. El primer cop que es va intentar la cancel·lació, la Resolució JUS/3052/2024, de 17 d'agost,²⁰ va confirmar la qualificació negativa, que es basava en la impossibilitat d'alterar els assentaments registrals si no és amb el consentiment dels interessats o en virtut d'una resolució judicial, tot i que la DGDEJM reconeixia que la situació resultant era potser inequitable, atès que els fideïcomissaris es beneficiaven del manteniment del gravamen tant sobre la finca original com sobre la subrogada en el seu lloc. No es va aportar, en aquell moment, una escriptura de 1971, de la qual potser en resultarien arguments suficients per a permetre la cancel·lació sol·licitada en seu registral, sense necessitat d'acudir a un procediment judicial. En aquesta ocasió, l'interessat aporta l'esmentada escriptura, juntament amb una interlocutòria judicial del mateix any que autoritzava la venda de la finca com a lliure a càrrec de la quarta trebel·liànica. El registrador, això no obstant, manté la impossibilitat de cancel·lar, aquesta vegada adduint, a més, que manca l'aportació de l'inventari necessari per a detreure la quarta. La DGDEJM, però, analitzada en particular la interlocutòria, considera que concorren evidències suficients per a permetre la cancel·lació.

En Resolucions JUS/3416/2012, de 29 de novembre,²¹ JUS/1802/2013, de 30 de juliol,²² i JUS/1356/2014, de 12 de juny²³ [aquesta darrera revocada per SAP BCN (secció 19) 170/2020, de 30 de juny,²⁴ però confirmada després per STSJC 27/2021, de 15 d'abril²⁵] la DGDEJM va acabar permetent la inscripció a favor de fideïcomissaris d'una finca donada a cens i alliberada del fideïcomís amb càrrec a la quarta trebel·liànica, segons una escriptura en la qual es redimia el cens i es renunciava a fer constar l'alliberament del fideïcomís. El supòsit que dona lloc a la Resolució que ara es comenta és diferent, però es tracta del mateix fideïcomís, el disseny del qual es pot trobar tant a les resolucions esmentades com, de manera més resumida, en el comentari a la primera d'elles en aquesta mateixa revista.²⁶

¹⁹ Cfr. Resolució DGDEJ JUS/702/2022, d'11 de març (DOGC núm. 8630, de 21.3.2022), comentada a *InDret*, 3, 2022, referida a una qüestió diferent.

²⁰ DOGC núm. 9236, de 28.8.2024. Comentada a *InDret*, 4, 2024.

²¹ DOGC núm. 6357, de 17.4.2013. Comentada a *InDret*, 2, 2013.

²² DOGC núm. 6442, de 20.8.2013. Comentada a *InDret*, 3, 2013.

²³ DOGC núm. 6645, de 17.6.2014. Comentada a *InDret*, 4, 2014.

²⁴ ECLI:ES:APB:2020:4544.

²⁵ ECLI:ES:TSJCAT:2021:5289.

²⁶ Vegeu també ANDERSON, «La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», a: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria, Girona, 2ª ed., 2024, p. 797-807.

En la resolució de què es tracta ara, registrador i recurrent s'acusen recíprocament de pretendre encabir en el procediment registral qüestions que corresponen a l'administració de justícia.

9.2. Els límits del procediment registral i la cancel·lació de substitucions que romanen (incorrectament) inscrites

En el cas objecte d'aquesta resolució, a més de l'escriptura en què es sol·licita la cancel·lació de la substitució, s'aporta escriptura de 1951 en què la usufructuària i els fiduciàries del fideïcomitent establien a cens una finca, amb càrrec a la quarta trebel·liànica (no prohibida) que els corresponia, de manera que, tal i com afirma la DGDEJM en aquesta ocasió, la substitució fideïcomissària romania només quant al domini directe. També s'aporta escriptura de 1971 de redempció del cens i compravenda d'una altra finca, que queda sotmesa al fideïcomís quant al domini directe, en substitució del cens redimit (a l'empara de l'article 189 de la Compilació, que permetia alienar béns com a lliures de la substitució i adquirir-ne d'altres de major rendibilitat que els substituïssin). Finalment, es va aportar testimoni de la interlocutòria dictada uns mesos abans de l'escriptura de 1971 que autoritzava l'alienació de la finca en qüestió com a lliure per adquirir altres béns més rendibles.

El registrador considera que, si es procedís a la cancel·lació sol·licitada, podria ser impugnada, per manca del consentiment dels titulars afectats o, en defecte d'això, per resolució judicial, que estima és el que va succeir quan es van practicar les inscripcions que ara generen problemes, atès que no es va acompanyar l'imprescindible inventari al títol presentat. Entén, a més, que encara que es presentés ara, la normativa hipotecària exigeix el consentiment dels titulars per a la cancel·lació. Titlla de perversió del sistema registral la pretensió de cancel·lació a partir de conjetures i indicis indirectes.

Per la seva banda, el recurrent es queixa del que considera una deficient actuació registral, tant en la inscripció de l'establiment a cens, sense cancel·lar l'expressió de la substitució fideïcomissària, com en la inscripció de la subrogació del cens a l'escriptura de 1971. També afirma que la detracció de la quarta trebel·liànica només requeria la notificació prèvia als fideïcomissaris i al curador, cosa que es va fer, però no l'aportació d'inventari. Per això la Resolució JUS/3052/2024 va considerar que el resultat era paradoxal i poc equitatiu. Entén que el registrador incorre en una extralimitació de la funció qualificadora davant del contingut de la resolució judicial de 1971 aportada i que, en aplicació de l'article 188.2 de la Compilació, procedeix la cancel·lació de la substitució, que s'havia d'haver produït el 1971.

La DGDEJM reconeix en primer lloc que el procediment registral no té per objecte la modificació d'assentaments registrals (que estan sota la salvaguarda dels tribunals, article 1.3 LH) i que no es pot debatre avui la irregularitat d'un procediment que va finalitzar fa més de setanta anys (FD 3.1), però els documents que s'aporten en aquesta ocasió condueixen a concloure que el registrador ha de qualificar-los, inclosos els judicials, i que no li correspon requerir l'aportació d'un inventari, ja que per a la interlocutòria se'n va aportar un que el jutge va donar per bo: remarca la DGDEJM que és el jutge i no el registrador qui dona l'autorització per vendre la finca lliure de gravamen, com va succeir en aquest cas (FD 3.3). En el fonament de dret 3.2 es recull el contingut de la interlocutòria, de la qual es desprèn que hi va haver conformitat de tots els fideïcomissaris vius, es va notificar el curador dels fideïcomissaris no nascuts i hi va haver conformitat del Ministeri Fiscal; es va presentar inventari dels béns relictes pel fideïcomitent i

es va concedir als fiduciaris l'autorització judicial per a alienar com a lliure la finca i, amb l'import obtingut, adquirir altres béns de major rendibilitat que la substituïssin. En l'escriptura posterior, es feia referència a la interlocutòria i es pactava la subrogació real de la finca originària per una altra, s'alliberava la primera del cens per redempció i es venia a la compradora.

En altres ocasions relatives al mateix fideïcomís, però a una finca diferent i amb diferències registrals i de part, les limitacions del procediment registral han impedit apreciar la caducitat de l'acció d'impugnació per part dels fideïcomissaris dels actes que consideren que els perjudiquen, la qual cosa aboca els afectats per anomalies en la constància registral dels seus drets a emprendre la via judicial, en la posició més incòmoda de demandant.²⁷

10. Resolució JUS/3997/2025, de 16 d'octubre de 2025 (DOGC núm. 9536, de 6.11.2025). Drets d'adquisició de l'administració i concepte de gran tenidor

La resolució és, comprensiblement, molt breu i, per tant, també ho és el comentari. Es presenta per a la seva inscripció escriptura de compravenda de dues finques. S'havia comunicat la transmissió projectada d'una de les finques, que els causants de la venedora havien adquirit en un procediment d'execució hipotecària, a l'Agència de l'Habitatge de Catalunya, d'acord amb el que estableix l'article 2.1 del Decret llei 1/2015, de 24 de març. L'Agència va manifestar que no tenia intenció d'exercir el dret de tanteig i, per tant, es procedeix a la inscripció de la compravenda. Quant a l'altra finca, no hi ha constància de cap comunicació als efectes dels drets d'adquisició de l'administració i la registradora, advertint que la persona transmissent és titular de cinc drets de ple domini i/o usdefruit sobre habitatges al districte hipotecari del municipi de què es tracta, suspèn la inscripció. El recurs prospera, perquè el nou apartat 2, introduït pel Decret llei 2/2025, de 25 de febrer, a l'article 2 del Decret llei 1/2025 estableix els drets de tanteig i retracte de l'administració en zones declarades de mercat residencial tensat només per a grans tenidors que siguin persones jurídiques, i el transmissent era persona física (FD 2.3).

Tot i que la qüestió discutida en aquesta resolució no genera dubtes, convé advertir que, no ja les conseqüències de ser gran tenidor, sinó el propi concepte és font de moltes incerteses, especialment degut a la pluralitat de normes que se n'ocupen. Sense anar més lluny, el mateix article 2.2 del Decret llei 1/2015, introduït pel Decret llei 2/2025, planteja un interrogant. Aquesta norma estableix que: «La transmissió de qualsevol habitatge situat en una zona declarada mercat residencial tensat que sigui propietat d'un gran tenidor persona jurídica que estigui inscrit en el Registre de persones grans tenidores d'habitatge, d'acord amb el que estableix la disposició addicional vint-i-setena de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, o d'acord amb el que estableix l'article 3.k) de la Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge». D'acord amb la nova disposició addicional vint-i-setena de la Llei 18/2007, s'han d'inscriure en aquest registre les persones jurídiques que siguin grans tenidores d'acord amb l'article 5 de la Llei 24/2015, de 29 de juliol, o d'acord amb l'article 3.k) de la Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge. Per tant, sorgeix d'entrada la qüestió de què succeeix amb les persones jurídiques que, tot i estar incloses en la relació de l'article 5.9 de la Llei 24/2015, no estiguin inscrites al Registre de referència malgrat estar-hi obligades: hi ha dret d'adquisició per part de l'administració? Potser no, atès que pot ser més difícil per al futur adquirent determinar si el transmissent és o no gran tenidor i si es compleixen els requisits administratius previs a la venda per possibilitar l'adquisició preferent per a finalitats socials. D'altra banda, potser sí que hi ha dret d'adquisició preferent si es tracta d'una

²⁷ ANDERSON, Miriam, «La revisió judicial...», esp. p. 805-807.

persona jurídica que té el número d'habitatges que determina l'article 3.k) de la Llei 12/2023, encara que no estigui inscrita al Registre, i d'aquí que s'hi faci referència. Però la dualitat de classes de gran tenidor al nou apartat segon de l'article 2 del Decret llei 1/2015 també pot tenir una altra explicació. Segons l'article 5.9 de la Llei 24/2015, són grans tenidors (a més d'entitats que potser no tenen la titularitat de cap habitatge) les persones jurídiques que, per si soles o per mitjà d'un grup d'empreses, siguin titulars de més de deu habitatges situats en territori de l'Estat (apartat b). Aquest criteri s'aproxima al de l'article 3.k) de la Llei 12/2023, segons el qual: «Gran tenedor: a los efectos de lo establecido en esta ley, la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros. Esta definición podrá ser particularizada en la declaración de entornos de mercado residencial tensionado hasta aquellos titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial ubicados en dicho ámbito, cuando así sea motivado por la comunidad autónoma en la correspondiente memoria justificativa.» Aquest segon incís permet mantenir, com ho fa la registradora en aquest cas, que, en atribuir-se els drets d'adquisició per a les transmissions d'immobles situats en zones de mercat residencial declarat tensat, són aquestes declaracions les que concreten el número d'habitatges a partir del qual es rep la consideració de gran tenidor, la qual cosa remet a les Resolucions TER/800/2024 i TER/2408/2024, que redueixen el número a cinc. Es veu a primer cop d'ull que aquesta complexitat normativa per determinar en quins casos existeix o no el dret d'adquisició preferent de l'administració és insostenible. I aquest és només un dels àmbits en què opera la categoria de gran tenidor, sense tenir en compte, doncs, normes com les relatives als lloguers socials obligatoris, als habitatges buits o a la fiscalitat diferenciada.

Fins i tot en el marc de les Resolucions TER/800/2024 i TER/2408/2024 sorgeix qüestió de si compten de cara als cinc habitatges per a considerar la persona gran tenidora a Catalunya tant els habitatges que estan en els municipis declarats zona de mercat residencial tensat a la resolució TER/800/2024 com a la resolució TER/2408/2024 o només els declarats a cadascuna d'aquestes resolucions. Literalment, no hi ha dubte que l'ampliació del concepte de gran tenidor a qui és titular de cinc o més habitatges es refereix només a la zona «anteriorment declarada» o «declarada a l'apartat anterior», respectivament. Per tant, si ens adherim a una interpretació restrictiva de la disposició, perquè limita els drets dels gran tenidors, hauríem de concloure que tenir 4 habitatges a Barcelona i també 4 habitatges a l'Ametlla de Mar no implica ser gran tenidor a Catalunya. Aquesta sembla, però, una conclusió absurda. Potser es pot defensar que els cinc habitatges es compten en totes les zones declarades de mercat tensat arran de la definició que recull la lletra k) de l'art. 3 de la Llei 12/2023, en el sentit que es refereix a «entornos» de mercat residencial tensat (els declarats), sigui ara o en un moment posterior. És a dir, l'ampliació a cinc o més habitatges és permesa per la llei estatal dins d'aquests paràmetres i estaríem entenent que el legislador català es limita a desenvolupar aquesta habilitació. Això tindria sentit, perquè en teoria pot ser que quan passin els tres anys de declaració de mercat residencial tensat, alguns municipis deixin de ser-ho, mentre que altres ho continuïn essent, de manera que l'ampliació hauria de regir per a considerar que s'és gran tenidor si es tenen cinc habitatges en els municipis declarats zona tensa, sigui quan sigui. I sembla que també ho entén així la part introductòria de les resolucions esmentades («l'article 3.k) de la pròpia Llei 12/2023 preveu que es pugui particularitzar la definició de gran tenidor en la declaració d'entorns de mercat residencial tensat fins a aquells titulars de cinc o més immobles urbans d'ús residencial ubicats en dit àmbit») tot i que després l'articulat ho contradiu. D'altra manera, estaríem encoratjant l'especulació en zones no declarades a canvi de tenir, per exemple, quatre habitatges en zona declarada. Això no obstant, aquesta interpretació més favorable a l'extensió del concepte de gran tenidor és només una interpretació. Caldria que s'esmenés en el futur la normativa.

En un altre ordre de coses, tant la llei estatal com la normativa catalana es refereixen a la «titularitat» d'habitatges, que suggereix la noció de propietat, però la registradora ho amplia també a l'usdefruit, sense que es pugui descartar que aquesta interpretació sigui encertada.²⁸

11. Bibliografia citada

ANDERSON, Miriam, «Recursos governatius. Comentaris a les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», *InDret* 2, 2013, disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/975.pdf>; *InDret* 3, 2013, disponible a: https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/991_rdgdej.pdf; *InDret* 4, 2014, disponible a: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1087.pdf>; *InDret*, 3, 2022, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2022/07/1724-numerat.pdf>; *InDret*, 4, 2024, disponible a: <https://indret.com/wp-content/uploads/2024/10/1902.pdf>

ANDERSON, Miriam, «Comentario a la RDGSJFP de 11 de mayo de 2021 (RJ 2021, 3454). Compraventa de inmueble con condición resolutoria en garantía del precio aplazado y pacto de retención de cantidades pagadas: la necesidad de prever la consignación para inscribir la transmisión», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 118, 2022, p. 141-162.

ANDERSON, Miriam, «La revisió judicial de les resolucions de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació», a: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *L'aplicació judicial del Codi civil de Catalunya*, 2ª ed., Documenta Universitaria, Girona, 2024, p. 752-814.

ANDERSON, Miriam, «The Mortgage Credit Directive under Review», a: ANDERSON/ARROYO AMAYUELAS (ed.), *The Mortgage Credit Directive under Review*, Europa Law Publishing, Zutphe, 2025, p. 3-32.

BLANDINO GARRIDO, M^a Amalia, y BARRÓN ARNICHES, Paloma de, *Los derechos de adquisición. Propuesta de regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

BARRÓN ARNICHES, Paloma de, «La opción de compra como instrumento de garantía a la luz de la Directiva europea 2014/17 sobre el crédito inmobiliario», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 785, 2021, p. 1547-1604.

BARRÓN ARNICHES, Paloma de, «En busca de soluciones para obtener financiación y acometer la renovación energética del edificio: la opción de compra en garantía», 2024, disponible a: <https://hdl.handle.net/2445/208366>

MARSAL GUILLAMET, Joan, «Comentari a l'article 426-59», a: EGEA I FERNÁNDEZ/FERRER I RIBA (ed.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya*, vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, p. 740-745.

MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal (Dir.), *El «gran tenedor» en la normativa de vivienda*, Atelier, Barcelona, 2025.

²⁸ Per a algunes contribucions recents sobre el concepte de gran tenidor, MOLL DE ALBA LACUVE (dir.), *El «gran tenedor» en la normativa de vivienda*, Atelier, Barcelona, 2025.

Número monográfico: La condena al Fiscal General del Estado: una mirada crítica. Comentario a la STS 1000/2025, de 9 de diciembre.

Revelación de información reservada por autoridad o funcionario público en el ejercicio de una función pública, por M.^a Ángeles RUEDA MARTÍN.

¿Licencia para mentir? Cómo el Tribunal Supremo convierte el secreto profesional del periodista en sospecha, por Joan SOLANES MULLOR.

Una mirada equidistante a la condena del Fiscal General del Estado. Algunas consideraciones desde la teoría jurídica del delito, por Albert ESTRADA CUADRAS.

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en publicar un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

Número monográfico: La condena al Fiscal General del Estado: una mirada crítica. Comentario a la STS 1000/2025, de 9 de diciembre

-

La Sentencia del Tribunal Supremo 1000/2025, de 9 de diciembre, (ponente Martínez Arrieta) que condenó al Fiscal General del Estado Álvaro García Ortiz como autor de un delito de revelación de datos reservados del art. 417.1 CP es una de las resoluciones más polémicas que haya dictado la Sala Segunda en los últimos años. Ya en los días inmediatamente posteriores a la publicación del fallo los medios de comunicación recogieron la opinión de numerosos juristas, muchos de ellos académicos, valorando esta decisión judicial. Transcurridas unas cuantas semanas, este número monográfico de la Revista Crítica de Jurisprudencia Penal propone analizar de nuevo, con un poco más de distancia temporal, esta polémica sentencia, de la mano de tres especialistas sobre algunas de las principales cuestiones sustantivas y constitucionales abordadas en los fundamentos jurídicos de la opinión mayoritaria y del voto particular de las magistradas Ana Ferrer y Susana Polo. Al tratarse de una resolución dictada por el Tribunal Supremo en instancia única, para el conocimiento de su contenido se remite a los lectores al texto de la propia resolución¹.

¹ Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-notifica-la-sentencia-que-condena-por-revelacion-de-datos-reservados-al-fiscal-general-del-Estado->

Revelación de información reservada por autoridad o funcionario público en el ejercicio de una función pública

M.^a Ángeles Rueda Martín*
Universidad de Zaragoza
marueda@unizar.es

-

1. Introducción

La STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), recoge como hechos probados que, en el año 2022, tras una inspección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) a la mercantil M. C. S.L., de la que G. A. era administrador único, la AEAT trasladó al Ministerio Fiscal las actuaciones con indicios por la comisión de posibles delitos fiscales relativos a los ejercicios de 2020 y 2021. El 2 de febrero de 2024 el letrado del investigado, G. A., remitió un correo electrónico a la Sección de Delitos Económicos de la Fiscalía Provincial de Madrid en el que manifestaba que: «estudiado el asunto, y de común acuerdo con G. A., les comunico que es voluntad firme de esta parte alcanzar un acuerdo de conformidad penal, reconociendo íntegramente los hechos (ciertamente se han cometido dos delitos contra la Hacienda Pública), así como proceder a resarcir el daño causado pagando íntegramente la cuota e intereses de demora a la AEAT». El 5 de marzo, el Ministerio Fiscal presentó denuncia ante el Decanato de los Juzgados de Madrid, donde fue repartida el 12 de marzo. Ese mismo día 12, el fiscal encargado del asunto remitió al letrado de G. A. copia de la denuncia «para facilitar el derecho de defensa». A partir de este momento se expone en la STS 1000/2025 que:

«El 12 de marzo de 2024, a las 06:01 horas, elDiario.es publicó la noticia sobre la presunta defraudación tributaria atribuida al Sr. G. A., incorporando información del expediente tributario y datos contenidos en la denuncia formulada por la Fiscalía. A las 21:29 horas del 13 de marzo, el diario El Mundo publicó una noticia, informando de que el día anterior el Ministerio Fiscal había ofrecido un pacto de conformidad al Sr. G. A., pareja de la presidenta de la Comunidad de Madrid, reproduciendo parte de un correo electrónico remitido por el fiscal encargado del caso en el que se afirmaba: “podemos llegar a un acuerdo si usted y su cliente quieren”. Esta información, unida a los mensajes difundidos en redes sociales por M. A. R., jefe de Gabinete de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, según los cuales la Fiscalía habría retirado el pacto ofrecido (circunstancia no recogida en la noticia de El Mundo y sin otro fundamento que una especulación gratuita del citado), motivó que desde la Fiscalía General del Estado se iniciara de forma inmediata una actuación para conocer lo ocurrido».

* Este trabajo desarrolla uno de los objetivos de investigación del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, reconocido como grupo de investigación de referencia por el Departamento de Innovación, Investigación y Universidad del Gobierno de Aragón (BOA 28/04/2023).

Una vez concluida esta tarea prosigue la sentencia que:

«la información recopilada, concretamente, el correo electrónico de 2 de febrero, fue comunicado desde la Fiscalía General del Estado, con intervención directa, o a través de un tercero, pero con pleno conocimiento y aceptación por parte del Sr. G. O., al periodista de la Cadena SER, D. A. A. C., lo que permitió que, en el programa Hora 25, se difundiera un avance informativo (23:25 horas) que afirmaba: “...el abogado del novio de A. ofreció a la Fiscalía llegar a un pacto en el que se declara culpable para evitar el juicio”. El periodista intervino, en directo, indicando haber tenido acceso al correo remitido a la Fiscalía, en el que “se propone un pacto, un acuerdo de conformidad, para saldar la deuda con Hacienda, que implicaría asumir la condena por dos delitos fiscales y pagar la cantidad adeudada”, reiterando la expresión “ciertamente se producen” dos delitos fiscales. Añadió que la Fiscalía publicaría, en las horas siguientes, una nota informativa.

A continuación, el director del programa y el redactor M. A. C. dialogaron entre sí reproduciendo la noticia, concretamente, “delitos fiscales que ciertamente se han producido”, en expresión que el periodista aseveró ser textual del correo electrónico.

A las 23:51 horas, la Cadena SER publicó en su web la noticia titulada “El novio de A. ofreció a la Fiscalía llegar a un pacto de conformidad declarándose culpable de dos delitos para evitar el juicio», transcribiendo expresamente el contenido del correo electrónico: ‘reconocer íntegramente los hechos’ y ‘ciertamente se han cometido dos delitos contra la Hacienda Pública’. Se señalaba también que, la Fiscalía preparaba un comunicado para su difusión en las horas siguientes.

Era la primera vez que se reproducía públicamente el texto completo del correo de 2 de febrero, aunque el programa de radio, sin la textualidad que sí empleó en la página web de la emisora, había anticipado su contenido sustancial.

Esa misma noche, la directora de comunicación de la Fiscalía General del Estado, siguiendo instrucciones expresas del Fiscal General del Estado que le dictaba algunos pasajes, redactó una nota informativa para su difusión a las 10:00 horas del día siguiente. Su contenido literal era el siguiente: “Madrid, 14 de marzo de 2024.- Ante las informaciones publicadas en varios medios de comunicación en relación con la denuncia interpuesta por la Fiscalía Provincial de Madrid contra el Sr. G. A., debe ponerse de manifiesto lo siguiente: ‘1.º El día 23 de enero de 2024 la Sección de Delitos Económicos de la Fiscalía Provincial de Madrid abrió unas diligencias de investigación penal como consecuencia del escrito-denuncia remitido por la Agencia Tributaria en la que ponía en conocimiento del Ministerio Fiscal hechos que podrían ser constitutivos de delitos de defraudación tributaria y falsedad documental. 2.º El día 2 de febrero de 2024 el letrado defensor del Sr. G. A. se puso en contacto, vía correo electrónico, con la Fiscalía Provincial de Madrid (12:45 horas) para proponer un pacto con el Ministerio Fiscal a fin de reconocer los hechos delictivos y conformarse con una determinada sanción penal. Esta propuesta de conformidad realizada por el letrado defensor reconocía la autoría del Sr. G. A. de la comisión de «dos delitos contra la Hacienda Pública por el Impuesto sobre Sociedades, 2020 y 2021». 3.º El día 7 de febrero de 2024 el fiscal especialista en delitos económicos encargado del asunto dictó Decreto de conclusión de las diligencias de investigación incoadas para esclarecer los hechos denunciados por la Agencia Tributaria. En este Decreto se acordó la interposición de denuncia contra el Sr. G. A. y otros por «delitos de defraudación tributaria y falsedad documental». 4.º El día 12 de febrero de 2024 (11:34 horas) el fiscal contestó por correo electrónico al letrado defensor del Sr. G. A. y le manifestó que tomaba nota «de la voluntad de su cliente de reconocer los hechos y satisfacer las cantidades presuntamente defraudadas», sin que considere que la existencia de otras personas implicadas en la defraudación al erario público denunciada por la Agencia Tributaria pudiera ser un obstáculo para alcanzar una conformidad penal. 5.º El día 13 de febrero de 2024 el fiscal encargado del asunto interpuso la denuncia contra el Sr. G. A. y otros cuatro individuos, así como contra ocho sociedades mercantiles, por la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública, relativos al Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2020 y 2021, y un delito de falsedad en documento mercantil. 6.º El día 20 de febrero de 2024 la Fiscalía Provincial de Madrid remitió la denuncia interpuesta contra el Sr. G. A. y otros al Juzgado de Instrucción Decano de Madrid. 7.º El día 5 de marzo de 2024 el Juzgado de Instrucción Decano de Madrid registró la denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal. 8.º El día 12 de marzo de 2024 el fiscal encargado del asunto remitió la denuncia por correo electrónico al letrado del Sr. G. A. «para

facilitarle el derecho de defensa» y le reiteró, como ya hizo el día 12 de febrero, que la existencia de otras personas denunciadas en este procedimiento no constituye un obstáculo para que se pudiera alcanzar una conformidad penal. En definitiva, el único pacto de conformidad, con reconocimiento de hechos delictivos y aceptación de una sanción penal, que ha existido hasta la fecha es el propuesto por el letrado del Sr. G. A. al fiscal encargado del asunto en fecha 2 de febrero de 2024’.”

La referida nota adelantándose tres horas a su difusión oficial, fue publicada por el diario EL PAÍS que la habría obtenido proporcionada con autorización del Fiscal General del Estado...

Finalmente, la Fiscalía Provincial de Madrid publicó la nota informativa, después de que la Fiscalía de la Comunidad de Madrid se negara a hacerlo al considerar que su contenido no respondía a los criterios habituales de una comunicación pública del Ministerio Fiscal.

Tras la difusión del correo electrónico y la publicación de la nota, diversos medios de comunicación y miembros del Gobierno calificaron al Sr. G. A. como “delincuente confeso”. El procedimiento penal que se sigue contra él está en tramitación en un Juzgado de Madrid».

La STS 1000/2025 considera probado que la filtración del correo y la preparación de la nota se realizan bajo el impulso directo del Fiscal General del Estado, que ordena la elaboración del comunicado y presiona a la Fiscalía de Madrid para su difusión pese a las reservas expresadas por la Fiscal Superior. Concluye que ambos actos –filtración y nota– constituyen una unidad de acción típicamente subsumible en el art. 417.1 CP y condena a quien fue Fiscal General del Estado como «autor de un delito de revelación de datos reservados, art. 417.1 CP, a la pena de multa de 12 meses con una cuota diaria de 20 euros e inhabilitación especial para el cargo de Fiscal General del Estado por tiempo de 2 años, y al pago de las costas procesales correspondientes incluyendo las de la acusación particular, pero con exclusión de la mitad de las restantes. Como responsabilidad civil se declara que el condenado deberá indemnizar a G. A. a 10.000 euros por daños morales». El primer apartado del art. 417.1 CP dispone que «la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de 12 a 18 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 1 a 3 años».

En relación con la STS 1000/2025 se pueden discutir diversas cuestiones que se apuntan a continuación sin ánimo de exhaustividad¹. Por un lado, sobre la prueba que ha servido para condenar se suscita la controversia en torno a si el conjunto de indicios y determinados elementos directos (testimonios y documentos) son suficientes para enervar la presunción de inocencia más allá de toda duda razonable o si, por el contrario, de los mismos se derivan meras sospechas que al existir otras explicaciones razonables obligan a absolver. Por otro lado, se pone en duda la invalidación de los testimonios de los periodistas que negaban haber recibido la información del Fiscal General del Estado con base en el ejercicio de la libertad de información vinculado al derecho a no desvelar las fuentes de una noticia de interés público. En tercer lugar, en torno a la conducta típica del art. 417.1 CP debe aclararse si tiene relevancia penal la revelación de la información contenida en la nota informativa elaborada, según se considera

¹ Véanse el fundamentado voto particular que formulan dos magistradas del Alto Tribunal y el debate presentado en los pronunciamientos de un importante sector doctrinal publicados en varios medios de comunicación: CANCIO MELIÁ, «Una sentencia insostenible», disponible en <https://elpais.com/espana/2025-12-10/una-sentencia-inaceptable.html>; PÉREZ CEPEDA, «El artículo 417 Código Penal y el fiscal general», disponible en https://www.eldiario.es/opinion/zona-critica/articulo-417-codigo-penal-fiscal-general_129_12849631.html; PAREDES CASTAÑÓN/HAVA GARCÍA/DEL ROSAL BLASCO/MORALES PRATS/CUERDA ARNAU/DOPICO GÓMEZ-ALLER/GONZÁLEZ RUS/DE LA CUESTA AGUADO/CUERDA RIEZU/GARCÍA ARÁN/MUÑOZ RUIZ, «Once juristas analizan la sentencia al fiscal general. ¿Está justificada la condena a Álvaro García Ortiz?», disponible en <https://elpais.com/espana/2025-12-10/once-juristas-analizan-la-sentencia-al-fiscal-general-esta-justificada-la-condena-a-alvaro-garcia-ortiz.html>; NIEVA FENOLL, «Una sentencia desgraciada», disponible en https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/sentencia-desgraciada_129_12832340.html.

probado, por el Fiscal General del Estado con fecha de 14 de marzo de 2024, cuando una parte ya circulaba públicamente. En cuarto lugar, y enlazado con lo anterior destaca también el papel de la nota informativa: ¿fue una respuesta adecuada para desmentir la desinformación que se difundió con el fin de proteger el interés público y faltaría, en consecuencia, el dolo? De todas las cuestiones señaladas anteriormente, aceptado el relato de los hechos probados, en este comentario a la STS 1000/2025 analizaré exclusivamente la interpretación que se lleva a cabo de la conducta típica contemplada en el primer apartado del art. 417.1 CP, que penaliza a la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados. Al respecto, en el epígrafe 2 abordaré los elementos que fundamentan su injusto específico con especial atención al papel que desempeña la posición jurídica que ostenta el funcionario público o autoridad. Posteriormente, en el epígrafe 3 profundizaré en la relevancia penal o no de la revelación de determinada información reservada que no debía ser divulgada cuando una parte ya circulaba públicamente, y en si la nota informativa fue el cauce idóneo para desmentir las noticias que se difundieron para proteger el interés público. Y en el epígrafe 4 reflexionaré sobre el alcance del art. 417.2 CP que castiga la revelación de secretos de un particular.

2. Elementos que fundamentan lo injusto específico del delito de revelación de información reservada por autoridad o funcionario público en el ejercicio de una función pública

Lo injusto específico del delito tipificado en el art. 417.1 CP se compone de tres elementos. Por una parte, la posición jurídica que ostenta un funcionario público o autoridad que por razón de su oficio o cargo tiene conocimiento de secretos o de información reservada. Por otra parte, la obligación de no ser divulgados. Y, por último, su revelación. Todos ellos se encuentran estrechamente vinculados en el marco de una concreta estructura jurídico-pública cuya finalidad es la gestión de diversos intereses generales, que deben concretarse según el ámbito en el que nos encontremos^{2/3}. Esta concepción se aprecia en diversos pronunciamientos de nuestro TS cuando se alude a la información clasificada oficialmente como secreto y aquella otra que, por sus características y tramitación, está sometida a un deber de reserva por su conexión con la

² Esta vinculación se encuentra reconocida por la doctrina científica como, por ejemplo, OTERO GONZÁLEZ, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, 1999; MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, 2000 p. 186; CANTERO ARISTEGUI, «Los delitos de infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (11), 1997, p. 403; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 2015, p. 1157; CARDENAL MONTRAVETA/ROGÉ SUCH, «Delitos contra las Administraciones Públicas», en CORCOY BIDASOLO (dir.), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, t. I, 3.ª ed., 2023, p. 751; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «Título XIX Delitos contra la Administración Pública», en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al código penal español*, 8.ª ed., 2024; FEIJOO SÁNCHEZ, «Artículo 417», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 2.ª ed., 2025, p. 2633; GARCÍA CERDÁ, «Derecho a la intimidad y la propia imagen. Refuerzo de las garantías penales que se otorgan al ciudadano para la protección de los datos personales que cede a la administración tributaria cumpliendo con su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos», en MARTÍNEZ PATÓN/MARTÍNEZ GALINDO (dirs.), *Cincuenta reformas penales. Análisis de las reformas del Código penal de 1995 desde la perspectiva del populismo punitivo*, v. II, 2025, p. 320; POZUELO PÉREZ, «Delitos contra la administración pública», en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Práctico Penal*, 2025, nm. 16699.

³ En este punto recordamos lo planteado por MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25.ª ed., 2023, p. 967: «la Administración pública de la que se habla en la rúbrica de todo el Título XIX CP no es más que el marco en el que se realizan los delitos que en él se tipifican, pero luego hay que identificar en cada caso el aspecto de la Administración que en cada uno de ellos se cuestiona. Este marco genérico que representa la Administración pública es el que se ofrece en el art. 103.1 de la Constitución: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”».

concreta función que tiene que desarrollar la correspondiente autoridad o funcionario público, como sucede, entre otras esferas, en el desarrollo de investigaciones policiales, procedimientos penales, procedimientos administrativos sancionadores, procedimientos disciplinarios, etc. En consecuencia, la naturaleza de «secreto» o «información reservada» se determina materialmente en atención al ejercicio de dicha función pública y a los derechos y bienes jurídicos de las personas que puedan resultar afectados en su realización⁴. Así, por ejemplo, en la STS 278/2022, Penal, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1094) se concluye que:

«7. Por lo que se refiere a las informaciones penalmente protegidas, esta Sala, ante la ausencia de una precisa definición normativa y la no posible traslación del concepto de información privilegiada que se contiene en el artículo 442 CP –“toda información de carácter concreto, que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada”– ha exigido como indispensable una ponderación, a la luz de los valores en juego, de los bienes jurídicos que podrían verse afectados o comprometidos si la información se propagara. Como precisa la STS 887/2008, “a diferencia del secreto, cuya calificación jurídica como tal delimita con claridad el ámbito de tutela, la determinación del nivel de protección penal de las simples informaciones requiere un esfuerzo ponderativo que asegure la aplicación del precepto dentro de los límites que son propios del derecho penal”. Exigencia en la que se insiste en la STS 180/2018 de 13 de abril que, con cita de la STS 1114/2009, de 14 de noviembre, recuerda la necesidad de que la información cuya divulgación pueda ser castigada penalmente deba ser equiparable a la del secreto, al menos en la condición de no divulgable, “pues no en vano el legislador trata ambos objetos en pie de igualdad, lo que comporta la necesidad de no inculpar la mera infracción de un deber estatutario del funcionario público”.

8. Esta medición de la relevancia desde los fines de protección obliga a tomar en cuenta, entre otros, *los riesgos de ineficacia que pueden derivarse de la divulgación indebida para el buen fin de una determinada actuación de particular relevancia, de afectación de la confianza pública en el buen funcionamiento de la Administración, de la preservación de los principios de neutralidad, igualdad y objetividad que deben determinar la actuación de los órganos administrativos* –vid. SsTS 104/2022, de 9 de febrero, 810/2021, de 22 de octubre, 138/2019, de 13 de marzo, 180/2018, de 13 de abril–, *de lesión de los derechos a la reputación y a la vida privada y familiar de terceros*»⁵.

⁴ Véanse, con carácter general, MOYA FUENTES, «Violación de secretos y uso indebido de información privilegiada», en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial III*, 2013, pp. 326, 337 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 2.ª ed., 2025, pp. 2635-2639.

⁵ Cursiva añadida. En la STS 810/2021, Penal, de 22 de octubre (ES:TS:2021:3858), se afirma que «el párrafo primero del art. 417.1 del CP abarca en su literalidad, tanto secretos como informaciones sujetas, por su propia naturaleza, al deber de confidencialidad o reserva que impone el estatuto jurídico llamado a reglar el ejercicio o la participación en las funciones públicas. El texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público establece, entre los deberes de los funcionarios, que éstos “guardarán secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente, y mantendrán la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, sin que puedan hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público”. En línea similar, se expresa el art. 5.5 de la Ley 2/1986, 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, reiterada en el art. 15 del Real Decreto 769/1987, 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. Es evidente que la intervención del derecho penal no puede reservarse a cualquier infracción formal de ese deber normativo... Pero también es cierto que, en el presente caso, los datos que fueron difundidos por la intervención del acusado tuvieron un significado especialmente provechoso para el destinatario de esa información... Con su actuación, el acusado, prevaleciendo de su condición de inspector-jefe, no se limitó a un acceso inocuo e irrelevante a la base de datos, sino que proporcionó una estratégica ventaja a un condenado buscado internacionalmente y que quería descartar el riesgo de su detención... En la STS 67/2013, 30 de enero, razonábamos que “...el bien jurídico protegido está integrado por la preservación y utilización correcta de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la administración, y en el concreto aspecto que nos atañe, por la estricta confidencialidad de las informaciones de que dispone la policía y que no deban ser conocidas ni aprovechadas por tercero a través del funcionario que indebidamente las revela. (...) El relato fáctico (...) evidencia (...) que la información revelada por el recurrente no se refería solo a la existencia o no de requisitorias, sino también si se encontraba una persona fichada policialmente o no, si constaba una orden de

En este escenario la STS 1000/2025 subraya también una concepción funcional de la información reservada conocida por el Fiscal General del Estado por razón de su cargo, –la voluntad firme de G. A. de alcanzar un acuerdo de conformidad penal, reconociendo la comisión de dos delitos contra la Hacienda Pública–, cuyo eje es la protección de los derechos fundamentales de una persona investigada, en particular, 1) el derecho a la defensa que comprende el conjunto de facultades y garantías, contempladas en el ordenamiento jurídico, que permiten a todas las personas, físicas y jurídicas, proteger y hacer valer, con arreglo a un procedimiento previamente establecido, sus derechos, libertades e intereses legítimos en cualquier tipo de controversia ante los tribunales y administraciones públicas, incluidas las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, o en los medios adecuados de solución de controversias regulados en la normativa de aplicación⁶; y 2) la presunción de inocencia–. En la STS 1000/2025 se expone que «quien expresa su voluntad de aceptar la autoría del delito que le es imputado evita el *strepitus fori* que sigue a la celebración del juicio y puede obtener una rebaja de pena por su disposición a reconocer la culpabilidad. Pero todo ello pasa, claro es, *por la exigencia de que esa disposición no trascienda al Juez o Tribunal que, en la hipótesis de fracaso del pacto de conformidad, llegue a asumir la competencia para el enjuiciamiento, pues difícilmente podría articularse una defensa eficaz*»⁷. El TS valora que la información del investigado G. A. acerca de una conformidad penal tiene el carácter de “reservada” y tiene que blindarse con el fin de garantizar un conjunto de derechos fundamentales que, en el ámbito de un determinado proceso –en el caso enjuiciado, penal– se hallan en una situación de mayor vulnerabilidad, precisamente, cuando se ejercitan funciones públicas como las que ostenta el Ministerio Fiscal, tal y como se recoge en el deber de confidencialidad establecido en los arts. 4 y 50 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante EOMF)⁸. Ahora bien, a diferencia

localización de domicilio, cuantas órdenes de búsqueda tenía una persona o, por último, si varios de ellos tenían orden internacional de búsqueda dictada por Interpol, y no siempre se transmitía la información a la persona interesada directamente, aunque sí a su instancia. Es indudable que con la conducta contenida en el relato fáctico el recurrente incumplió un deber de sigilo que le obligaba, produciendo un perjuicio al servicio que la Administración Pública presta, constituido por la quiebra de la credibilidad que el colectivo social debe tener en todas las instituciones y los funcionarios que las encarnan, amén de producir una perturbación en el servicio público, frustrando sus objetivos”».

Véanse sobre el bien jurídico protegido en el delito tipificado en el art. 417.1 CP, por ejemplo, MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, 2000, pp. 186 ss.; DELGADO GIL, *Delitos cometidos por funcionarios públicos. Negociaciones prohibidas, actividades incompatibles y uso indebido de secreto o información privilegiada*, 2008, p. 235; RODRÍGUEZ LÓPEZ/SOBRIÑO MARTÍNEZ, *Delitos contra la Administración Pública*, 2008, pp. 39, 212 ss.; NICOLÁS JIMÉNEZ, «Delitos contra la Administración Pública I», en ROMEO CASABONA *et al.* (coords.) *Derecho penal. Parte Especial*, 3.ª ed., 2023, p. 759; ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Delitos contra la Administración Pública», en SILVA SÁNCHEZ (dir.)/RAGUÉS I VALLÉS (coord.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, 9.ª ed., 2023, pp. 387 y ss.; BARIJA DE QUIROGA (dir.), *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, t. II, 7.ª ed., 2021, Art. 417, pp. 2622 y 2623; GONZÁLEZ CUSSAC, «Delitos contra la administración de pública (I)», en EL MISMO (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 8.ª ed., 2023, pp. 731 y 752; MIR PUIG, «Art. 417», en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal. Reformas LLOO 1(2023, 3/2023 y 4/2024)*, 2.ª ed., 2024, p. 1805; MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al código penal español*, 8.ª ed., 2024; ESQUINAS VALVERDE, «Delitos contra la Administración Pública (I)», en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), ESQUINAS VALVERDE (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 5.ª ed., 2025, p. 678; POZUELO PÉREZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Práctico Penal*, 2025, nm.16505, 16695. En relación con el anterior CP, REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, 1996, pp. 66 ss.

⁵ Art. 2 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.

⁶ Art. 2 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.

⁷ Cursiva añadida.

⁸ El art. 4 EOMF dispone que «El Ministerio Fiscal, para el ejercicio de sus funciones, podrá ... Cinco. Informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados». Y el art. 50 EOMF establece que «Los miembros del Ministerio Fiscal guardarán el debido secreto de

de lo que mantiene el TS lo decisivo en la fundamentación de lo injusto de la figura delictiva del art. 417.1 CP, desde mi punto de vista, no es la infracción de un deber de confidencialidad –legal, reglamentario o convencional–, que tendría un carácter extrapenal y que sin ninguna duda se produce⁹. Por el contrario, esta concepción funcional de la información reservada pone de relieve el motivo que conduce al legislador a configurar el delito del art. 417.1 CP como un delito especial –y aquí la argumentación de la STS 1000/2025 es muy significativa–: la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico que solo tienen los sujetos cualificados como autores –delitos de dominio social– formulada por GRACIA MARTÍN, que explica la limitación de la autoría a un determinado grupo de sujetos en un amplio grupo de delitos especiales. Profundizaremos seguidamente en la corrección de esta tesis y en las consecuencias dogmáticas que se derivan de ella en la interpretación del delito tipificado en el art. 417.1 CP.

Si nos centramos en la formación de los tipos delictivos especiales se constata la existencia de dos grandes grupos. Por un lado, destacan los delitos con especiales elementos de autoría basados en cualidades personales inseparables de un sujeto determinado, de tal forma que son irremplazables dichos elementos¹⁰, como sucede, por ejemplo, con la condición de cónyuge en un primer matrimonio que se exige en el artículo 217 CP. Por otro lado, destaca otro grupo de delitos en los que el elemento de autoría introducido en el tipo describe una función social o institucional del sujeto cualificado, y que pone de manifiesto la posición de dominio del ámbito de protección de la norma que ostentan ciertas clases de sujetos frente al resto¹¹. Dentro del segundo grupo la tesis de GRACIA MARTÍN permite precisar que el fundamento material de los elementos de la autoría en estos delitos especiales radica en el ejercicio de una función *específica* determinante de la constitución de una estrecha y peculiar relación entre el sujeto competente para su ejercicio y el o los bienes jurídicos involucrados de un modo esencial u ocasional en el ejercicio de aquella función. A esta relación la denominó *relación de dominio social* y a la parte de dicha relación relevante para los tipos de lo injusto del Derecho penal, la nombró «relación de dominio social *típica*», de modo que los delitos especiales ya sean propios o impropios son *delitos de dominio social*¹². Autor de tales delitos solo puede serlo aquél sujeto que ejerce el dominio social típico. El dominio social penalmente relevante se caracteriza y, a la vez, se concreta

los asuntos reservados de que conozcan por razón de su cargo... La necesidad de que esa temprana disposición no trascendiera y llegara a ser conocida por el órgano de enjuiciamiento está, por lo tanto, más que justificada. El Protocolo de Conformidad y la Instrucción 2/2009 imponen al Fiscal un deber de confidencialidad, incluso cuando esa negociación se sitúa en el vestíbulo del juicio oral. La necesidad de que un fracaso del acuerdo deje todavía espacio al acusado para reivindicar su inocencia ante el Tribunal que ha de enjuiciarle exige que la pronta iniciativa de autoinculpación no sea conocida por el órgano decisorio. Siendo esto así, las razones para obligar a un deber de reserva cuando el ofrecimiento del pacto se produce en fase tan temprana, ni siquiera formalizada la denuncia, se hacen todavía más evidentes. Banalizar el deber de confidencialidad que pesa sobre todos y cada uno de los miembros de la carrera fiscal, respecto de los acuerdos preparatorios de una conformidad, distancia de manera irreparable el proceso penal de sus fuentes legitimadoras».

⁹ Sobre la tipificación del delito del art. 417.1 CP como un delito de infracción de los deberes de sigilo, reserva o discreción con respecto a las informaciones a las que se acceda por razón de oficio o cargo y que no deban ser divulgadas, véanse FEIJOO SÁNCHEZ, en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 2.ª ed., 2025, pp. 2639 ss. Sin embargo, véase una crítica a las concepciones que estiman que el criterio de la infracción de un deber constituye la *ratio essendi* para una correcta interpretación de los delitos especiales en RUEDA MARTÍN, *Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3 del Código penal*, 2010, pp. 16 ss. En relación con el delito del art. 417 CP, véase, MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, 2000, p. 187. A favor de la infracción del deber específica extrapenal en la fundamentación de lo injusto en este delito, véase OTERO GONZÁLEZ, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, 1999.

¹⁰ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, pp. 403 ss.

¹¹ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, pp. 346 ss.

¹² Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, pp. 354 ss.; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal. Teoría general y Dogmática*, 2ª ed., 2021, pp. 408 ss.

mediante estos criterios normativos: a) porque el bien jurídico solo es accesible de un modo especialmente relevante desde el interior de una determinada estructura social e institucional de carácter cerrado (estructuras de dominio social) en la que aquel debe desarrollar y cumplir una función social o institucional específica¹³; b) porque dentro de dichas estructuras se desempeña una función específica cuyo ejercicio precisa involucrar de un modo esencial y permanente, o bien solo de un modo ocasional al bien jurídico (función de dominio social)¹⁴; y c) porque solo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de esta es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social). Las acciones de dominio social son características y, por eso, típicas del ejercicio de funciones que desempeñan exclusivamente determinados sujetos en ámbitos específicos de dominio, o aun no siendo inherentes al ejercicio de las funciones que se desarrollan en tales ámbitos, sin embargo, se cargan de una intensidad y de un significado específicos y relevantes cuando se llevan a cabo precisamente en relación y con motivo del ejercicio de una función social o institucional¹⁵. Adicionalmente, la relación de dominio social constituye el fundamento material general de las posiciones de garante y la fuente material del deber de actuar de los delitos especiales de dominio social, por lo que estos delitos son, a la vez, *delitos especiales de garante*¹⁶. El ejercicio del dominio social típico y la asunción de la posición de garante típica fundamentada en ese dominio constituyen, en consecuencia, los elementos que fundamentan la limitación de la autoría de los delitos especiales a determinadas clases de sujetos, y posibilitan la actualización del dominio del hecho en cualquier momento posterior a su asunción y mientras se conserva y ostenta, y explican que la autoría en semejantes delitos esté restringida solo a los sujetos que lo ostentan y ejercen.

En concreto, el bien jurídico protegido en el delito tipificado en el art. 417.1 CP es el buen funcionamiento de la Administración Pública, en el que se integra la preservación y utilización correcta de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de sus fines con las debidas garantías según el ámbito en el que nos desenvolvamos¹⁷. El ejercicio de cualquier función pública que lleve a cabo una autoridad o funcionario público precisa involucrar de un modo esencial u ocasional el aludido bien jurídico (función de dominio social). Y cuando se revela un secreto o una información reservada a la que accede la autoridad o funcionario público en el ejercicio de su cargo u oficio de manera lícita, se vulnera el correcto servicio que debe prestar la Administración Pública a los ciudadanos, porque no se han preservado ni utilizado correctamente los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de sus fines con las debidas garantías¹⁸. Por tal motivo, no pueden ser divulgados ni los secretos ni la información que pasa a ser reservada. La STS 1000/2025 basa con fundamento la condena del Fiscal General del Estado en el acceso lícito a –y, por tanto, el conocimiento de– una información reservada relativa a los derechos fundamentales de una persona investigada –en particular, el derecho a la

¹³ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, pp. 361 ss.; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2ª ed., 2021, pp. 419 ss.

¹⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, pp. 364 ss.; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2ª ed., 2021, pp. 422 ss.

¹⁵ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, pp. 368 ss.; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2ª ed., 2021, pp. 429 ss.

¹⁶ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, pp. 372 ss.; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2ª ed., 2021, pp. 408 ss.

¹⁷ Véase GONZÁLEZ CUSSAC, en EL MISMO (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 8.ª ed., 2023, pp. 731 y 752.

¹⁸ Véanse REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, 1996, pp. 63 s.; MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, 2000, pp. 187, 190 ss.; MOYA FUENTES, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español. Parte Especial III*, 2013, p. 326; NICOLÁS JIMÉNEZ, en ROMEO CASABONA et al. (coords.) *Derecho penal. Parte Especial*, 3.ª ed., 2023, pp. 775 s.

defensa y la presunción de inocencia–, por razón de su cargo que supone el ejercicio de una función pública en el marco de la tramitación de un proceso penal, porque no ha preservado ni utilizado correctamente los medios o instrumentos esenciales para que cumpla sus fines con las debidas garantías, entre otras, aquellas que permiten a todas las personas, físicas y jurídicas, proteger y hacer valer, con arreglo a un procedimiento previamente establecido, sus derechos, libertades e intereses legítimos en cualquier tipo de controversia ante los tribunales y administraciones públicas¹⁹.

En el siguiente epígrafe ahondaremos en si es punible o no la revelación por parte de la autoridad o funcionario público de una información reservada que ya es conocida, una de las cuestiones determinantes para la solución adoptada en la sentencia objeto de nuestro análisis²⁰.

3. La revelación de información reservada ya conocida

En algunas resoluciones de nuestra jurisprudencia se reconoce explícitamente que «la conducta típica del artículo 417 del Código Penal sanciona el acto de revelar. Por ello su contenido, es decir lo revelado, ha de ser algo oculto, ignorado o desconocido. Lo que diluye la diversidad enfatizada en el recurso entre secreto e información ...» –SSTS 535/2015, Penal, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2015:4269); 104/2022, Penal, de 9 de febrero (ECLI: ES:TS:2022:403)–. O en la STS 180/2018, Penal, de 13 de abril (ECLI: ES:TS:2018:1386) se apunta que el delito del artículo 417 del CP «se trata de un delito especial que sólo puede ser cometido por autoridad o funcionario público (art. 24 CP) en relación a secretos e informaciones conocidas en el ejercicio de su cargo –incluso aunque en el momento de cometerse la revelación ya haya dejado de ostentarlo para evitar el fraude de Ley que en otro caso podría producirse–. Conocimiento por razón de su cargo que no exige una implicación directa del sujeto en la obtención de la información, bastando que haya llegado a aprehenderla por reuniones o comentarios aislados percibidas en el desempeño de su función (STS 1239/2001 de 22 junio). El núcleo del tipo viene constituido por la conducta de “revelar”, esto es poner en conocimiento de un tercero ya sea en forma oral, escrita o de cualquier otro modo –también permitiendo el acceso ajeno al soporte que contiene la

¹⁹ De este modo se afirma expresamente que «la divulgación descrita se subsume en el tipo penal porque supone la afectación de derechos fundamentales de la persona a la que se refería y, por ello, comprometió o afectó al funcionamiento de la institución misma, esto es, a la Fiscalía General del Estado, garante de tales derechos. Así se colma la necesidad de una cierta legitimidad mixta que late en el precepto; es un delito contra la Administración Pública que, a la vez o, además, vulnera derechos fundamentales».

²⁰ En el ATS 12467/2024, Penal, de 15 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:12467A) mediante el que se acuerda la apertura del procedimiento por la causa especial contra el Fiscal General del Estado se manifestaba, en relación con la «controvertida nota informativa» que detalla la cronología de las diligencias penales de investigación sobre G. A., realizadas por la Fiscalía tras recibir la denuncia de la AEAT, que «de lo anterior se desprende que, aparentemente, no hay información indebidamente revelada, ante el conocimiento público de los hechos ...». No obstante, también se estimaba que «al menos indiciariamente, en este supuesto, sí existe una carga de lesividad que afecta al posible perjuicio al derecho de defensa del Sr. G. A., como consecuencia de la revelación del correo existente entre su letrado y el Fiscal de Delitos Económicos, el día 2 de febrero de 2024, ... Resulta obvio que el Sr. G. A. se enfrenta a un proceso judicial y que la revelación del correo del día 2 de febrero de 2024, asumiendo o reconociendo su culpabilidad de dos delitos fiscales ..., puede tener repercusión en el derecho a la presunción de inocencia, aunque ese reconocimiento no tuviera lugar en el marco del proceso penal y con todas las garantías, se trataba de una propuesta reservada, no compatible –también en el ámbito de las diligencias preprocesales–, con la misión de información a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, fijada estatutariamente para el Ministerio Fiscal (art 4.5 y 50 EOMF), y que puede condicionar la futura tramitación del proceso del Sr. G. A., aunque la revelación pudiera tener eficacia probatoria residual, ello no es obstáculo para apreciar, al menos en este momento procesal, un perjuicio derivado de las revelaciones a las que hemos hecho referencia».

información– algo que el tercero no conocía previamente y que no estaba legitimado para conocer»²¹.

Sin embargo, en otras sentencias se sostiene otra tesis como se pone de relieve en la STS 810/2021, Penal, de 22 de octubre (ECLI: ES:TS:2021:3858) que resalta que el marco típico del párrafo primero del art. 417.1 del CP «abarca en su literalidad, tanto secretos como informaciones sujetas, por su propia naturaleza, al deber de confidencialidad o reserva que impone el estatuto jurídico llamado a reglar el ejercicio o la participación en las funciones públicas», sin añadir de manera expresa la previa falta de publicidad de dicha información. En la misma línea, la STS 130/2024, Penal, de 8 de febrero (ES:TS:2024:924) establece que «recapitulando, ante una determinada infracción que puede ser sancionable por normas administrativas y penales se hace necesario hacer un juicio de ponderación a la luz de los valores en juicio y de los bienes jurídicos que pueden verse afectados para determinar la relevancia de la conducta, en el que habrá de tenerse en cuenta, entre otros factores, la naturaleza de los datos indebidamente revelados, los riesgos que puedan derivarse de la indebida divulgación y los perjuicios que se deriven para la administración pública o para terceros». El planteamiento de la STS 1000/2025 parece reforzar esta segunda opinión de nuestra jurisprudencia al atribuir al verbo «revelar» una relevancia penal aun cuando parte de la información reservada ya circulaba públicamente. Asimismo, aclara el alcance de la expresión del tipo penal «que no sea divulgado el secreto o la información», de manera que debe ser entendida funcionalmente al igual que la información reservada, «en el sentido de que la obligación de reserva de la autoridad o funcionario público sirve a la necesidad de preservar los derechos y garantías del ciudadano frente a la administración. (...) Simultáneamente, debe velar por la utilización correcta de dicha información, para no quebrar tales derechos y garantías en una relación claramente asimétrica. En el caso, la conformidad del imputado supone un reconocimiento de los hechos y su tipicidad. De no llegarse a un acuerdo, su divulgación podría producir una lesión a su derecho de defensa y a la presunción de inocencia que el Ministerio público debe garantizar». Examinaremos a continuación la corrección de este razonamiento.

En los delitos relativos a la Administración Pública, el dominio sobre el ámbito de la función pública en el que el autor cualificado ejerce sus competencias caracteriza la relación especial entre la condición del autor y su actuar. Las propias acciones típicas realizadas por un funcionario público o autoridad se derivan de una función que es monopolio de una cierta clase de sujetos²², de manera que, como indica GRACIA MARTÍN, la cualidad *específica* de la acción típica es *esencial* al ejercicio de la función tal y como se pone de relieve en los verbos típicos²³: «dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo» (art. 404 CP); «dar al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado» (art. 433 CP). Como se puede apreciar, en estos delitos sólo la competencia para el ejercicio de la función y únicamente en el ejercicio de ésta, es posible la realización de cierta clase de acciones (acciones de dominio social)²⁴. En otros delitos la acción típica supone también el ejercicio de una función

²¹ De forma similar, véanse, con carácter general, MOYA FUENTES, en ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho penal español, Parte Especial III*, 2013, p. 329; FEIJOO SÁNCHEZ, en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código penal*, t. II, 2.ª ed., 2025, pp. 2642.

²² Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, t. I, 1985, p. 371; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2.ª ed., 2021, p. 430.

²³ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, t. I, 1985 p. 369; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2.ª ed., 2021, pp. 431, 432 s.

²⁴ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, t. I, 1985, pp. 368 ss.; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2.ª ed., 2021, pp. 429 ss.

que compete al sujeto, pero este ejercicio es *ocasión* de la realización de la acción típica que ejecutada en otras circunstancias perdería su sentido²⁵: «exigir directa o indirectamente derechos, tarifas, por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la señalada» (art. 437 del Código penal). En otras ocasiones es la situación del bien jurídico o del objeto material lo que pone de manifiesto que la cualidad específica de la acción es su incardinación en el ejercicio de una función²⁶: «sustracción, destrucción, inutilización u ocultación de documentos cuya custodia les está encomendada por razón de su cargo» (art. 413 CP) o la «revelación de secretos o informaciones de los que la autoridad o funcionario público tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgadas» (art. 417 CP).

Cualquier secreto o información reservada que una autoridad o funcionario público conozca por razón de su oficio o cargo se debe tramitar con ocasión del ejercicio de una función institucional en cualquier ámbito de la Administración Pública, cuya finalidad es la gestión correcta de determinados intereses generales y con un absoluto respeto de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos. Y la información es reservada o es secreta porque cumple un papel en ese contexto. La desvaloración típica de la revelación se centra, por un lado, en el ejercicio del dominio social típico que vulnera el adecuado servicio que debe prestar la Administración Pública, porque no se han preservado ni utilizado correctamente los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de sus fines con las debidas garantías. Así como, por otro lado, en la asunción de una posición de garante típica por parte de la autoridad o funcionario público que se fundamenta en ese dominio. El reproche no se desvanece por el conocimiento público o general de la información, sino que se basa en la revelación de una información que no debe divulgarse por el motivo indicado. Como acertadamente señala la STS 1000/2025, en primer lugar, «el que un dato reservado sea conocido no supone que el mismo sea desprovisto de la tutela penal derivada de su carácter de reservado. El Ministerio Fiscal, como instituto público de acusación, y el Fiscal General del Estado, como vértice de la organización, tienen un deber reforzado de reserva» –o con mayor precisión una posición de garante– «por el que debe velar por la correcta utilización de la información de la que dispone y que ha obtenido por razón de su cargo en una relación asimétrica de la que surge el deber especial de reserva para no poner en peligro los derechos de un justiciable». Y, en segundo lugar, que «el criterio para determinar el carácter reservado de la información que se divulga no sería tanto el conocimiento previo, o no, de la misma por terceros, cuanto la afectación que dicha divulgación tiene en los derechos de las personas a las que se refiere la información, precisamente por quien es garante de su observancia».

Finalmente, la STS 1000/2025 considera probado que la divulgación «se materializa tanto por la filtración del correo, como por la publicación de la nota informativa, que constituyen, en realidad, una unidad de acción. La nota consolida la filtración iniciada por el correo, en realidad la “oficializa”»²⁷. Si nos centramos en la información reservada contenida en la nota informativa

²⁵ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, t. I, 1985 p. 370; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2.ª ed., p. 433.

²⁶ Véase GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro*, t. I, p. 370; EL MISMO, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, 2ª ed., 2021, pp. 433 s.

²⁷ Asimismo, estima que «informar a la opinión pública no es terciar en polémicas mediáticas asumiendo el sacrificio de los derechos que asisten a quien comunica al Fiscal su voluntad de llegar a un acuerdo de conformidad mediante el reconocimiento de la autoría de los delitos imputados por la Hacienda Pública. El art. 4.5 del Estatuto Orgánico, antes citado, no autoriza a proporcionar información basada en documentos manifiestamente prescindibles para aclarar a quién había correspondido la iniciativa del expediente de conformidad. Hasta tal

y publicada el 14 de marzo de 2024, ¿se puede considerar que fue una respuesta adecuada del Fiscal General del Estado para desmentir la desinformación social y política que se difundió con el fin de proteger el interés público y faltaría, en consecuencia, el dolo? A mi juicio la respuesta ha de ser negativa. El bien jurídico relativo al buen funcionamiento de la Administración Pública en el que se integra la preservación y la utilización correcta de los medios o instrumentos esenciales para que el proceso penal cumpla sus fines con las debidas garantías, se encuentra más vulnerable en el dominio social que ostenta el Fiscal General del Estado por el ejercicio de unas funciones públicas –y por esta razón, respecto del bien jurídico asume una posición de garante–. Esta asimetría explica que el Fiscal General del Estado no podía actuar ante una desinformación social o política mediante la revelación de datos concretos que le son conocidos por ejercer funciones públicas y que, además, no debía divulgar en su posición jurídica. Ello le obligaba, en su caso, a emplear cauces institucionales que no pusieran en peligro los derechos del investigado como, quizás, a través de un desmentido genérico. No constituye, por tanto, un elemento de lo injusto del art. 417 CP la novedad de la información revelada, sino la posición jurídica con la que actúa la autoridad o funcionario público y de la que se deriva un deber de garante de preservarla, tal y como se ha expuesto. En este sentido, debe rechazarse la tesis del voto particular que formulan las dos magistradas del Alto Tribunal que basa la atipicidad de la información contenida en la nota en el previo conocimiento público de los hechos²⁸. Otra pregunta relevante hoy en día, que excede de los límites de este comentario, es si cabe la intervención penal frente a determinada desinformación social o política que puede resultar muy perturbadora.

4. Una última consideración: ¿revelación de secretos de un particular?

Otro aspecto de la STS 1000/2025 que merece atención es la elección del tipo básico del art. 417.1 CP frente al tipo agravado contenido en el 417.2 CP que penaliza la revelación de «secretos de un particular», cuya aplicación fue solicitada por la acusación particular y la acusación popular. El TS pone de manifiesto que la revelación realizada por el Fiscal General del Estado se subsume en el tipo penal del art. 417.1 CP «porque supone la afectación de derechos fundamentales de la persona a la que se refería y, por ello, comprometió o afectó al funcionamiento de la institución misma, esto es, a la Fiscalía General del Estado, garante de tales derechos. Así se colma la necesidad de una cierta legitimidad mixta que late en el precepto; es un delito contra la Administración Pública que, a la vez o, además, vulnera derechos fundamentales». A mi entender, no queda aclarado el motivo por el que se descarta la subsunción de lo revelado en el delito del art. 417.2 CP, puesto que la información revelada –propuesta de conformidad penal con el reconocimiento de G. A. de que se han cometido dos delitos contra la Hacienda Pública– afecta al bien jurídico intimidad personal y familiar, además de hallarse integrada en un proceso penal en curso bajo la custodia del Ministerio Fiscal. Indagaremos seguidamente sobre este punto.

Ciertamente, en la agravación contemplada en el art. 417.2 CP aparece involucrado el bien jurídico intimidad personal y familiar de una manera esencial en el ejercicio de la función pública

punto fue patente la extralimitación del Fiscal General del Estado en el ejercicio de la facultad estatutaria de información, que algunos de los periodistas que testificaron en el plenario, conscientes del carácter sensible de la información, así lo expusieron asumiendo, incluso, un compromiso de no divulgación inmediata».

²⁸ A favor, sin embargo, del mencionado voto particular SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, «La condena del Fiscal General del Estado por delito de revelación de informaciones: ¿una renovada tipicidad?», *Diario LA LEY*, (10856), 2026.

por parte de la autoridad o funcionario público²⁹. En la delimitación del alcance de la conducta típica del art. 417.2 CP, MUÑOZ CONDE apunta que la información de un particular es secreta si así lo determina la propia voluntad del interesado o titular que tiene derecho a que no se conozcan hechos relativos a su intimidad más allá del estricto círculo de las personas que por razón de su cargo tienen que conocerlo (por ej., el inspector de Hacienda respecto a los ingresos del contribuyente, el juez que conoce en un proceso de divorcio el alcoholismo o ludopatía alegados contra uno de los cónyuges). Añade MUÑOZ CONDE que al determinar la voluntad del particular a quien afecta el hecho el carácter secreto del mismo, su comunicación a los medios de comunicación o su descubrimiento o revelación pública por el propio particular afectado excluye el carácter secreto del hecho y, por tanto, la tipicidad del artículo 417.2. Sin embargo, cuando, a pesar de afectar a un particular, la ley impone expresamente el carácter secreto (por ej., secreto sumarial), el funcionario cometerá el delito previsto en el artículo 417.1 aunque el particular consienta en su descubrimiento o revelación³⁰. En mi opinión, no convence esta tesis que otorga a la voluntad del interesado que tiene el derecho a que no se conozcan hechos relativos a su intimidad la aplicación de la agravación contenida en el art. 417.2 CP, precisamente, porque la acción de dominio social de la autoridad o funcionario público se desarrolla en el marco institucional en el que se ejercita la correspondiente función pública. En el art. 417.1 CP la información relativa a la vida privada de una persona adquiere una dimensión pública y funcional directamente relacionada con la preservación y utilización correcta de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la Administración en un concreto ámbito, como sucede con la existencia de una conformidad del imputado que supondría un reconocimiento de los hechos y su tipicidad. Por el contrario, la revelación de aquella otra información privada como los ingresos económicos de una persona, el alcoholismo o ludopatía, que no presenta desde una perspectiva funcional una vinculación con la preservación y utilización correcta de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la correspondiente Administración abre la puerta a la aplicación del art. 417.2 CP³¹.

Nuestro CP organiza un sistema de tipos delictivos para proteger penalmente la vida privada de una persona en la que se puede ubicar también información reservada de diversa índole, y cada uno de ellos cumple una tarea específica. Esta protección se lleva a cabo desde la prohibición de comportamientos que, desde un punto de vista valorativo, constituyen actos o bien preparatorios o bien ya ejecutivos en relación con la afcción del bien jurídico intimidad personal y familiar, hasta la prohibición de comportamientos que suponen la terminación o el agotamiento material de la lesión del bien jurídico. Esta tutela se articula, además, en dos planos puesto que, por un lado, se tiene en cuenta que el bien jurídico intimidad personal y familiar se encuentra en una estructura social «abierta» a todos, por lo que se prohíbe a todos los individuos la realización de acciones que quedan dentro de sus posibilidades de actuación, tendentes a la lesión o puesta en peligro de dichos bienes jurídicos. Por otro lado, el legislador considera que el bien jurídico

²⁹ Véanse REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, 1996, pp. 177 s.; OTERO GONZÁLEZ, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, 1999; MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, 2000, p. 200; DELGADO GIL, *Delitos cometidos por funcionarios públicos*, 2008, pp. 235 ss.; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 2015, p. 1157; NICOLÁS JIMÉNEZ, en ROMEO CASABONA *et al.* (coords.) *Derecho penal, Parte Especial*, 3.ª ed., 2023, p. 776; MIR PUIG, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., 2024, p. 1807; ESQUINAS VALVERDE, en MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS (dir.), ESQUINAS VALVERDE (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª ed., 2025, p. 698; POZUELO PÉREZ, en MOLINA FERNÁNDEZ (dir.), *Memento Práctico Penal*, 2025, nm. 16705.

³⁰ Véase MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 25.ª ed., 2023, pp. 989 s.

³¹ De manera similar OTERO GONZÁLEZ, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, 1999; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 2015, p. 1157; GONZÁLEZ CUSSAC, en EL MISMO (coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 8.ª ed., 2023, p. 752.

intimidad personal y familiar es susceptible de una mayor vulnerabilidad frente a los sujetos que desarrollan una determinada función en el seno de ciertas estructuras «cerradas» a las que no tienen acceso legítimo todos los individuos (arts. 198 y 417 CP). Por último, la protección penal del aludido bien jurídico se lleva a cabo no sólo desde el punto de vista de su acceso ilícito, sino que igualmente se contempla una mayor protección específica cuando ha existido un acceso lícito previo al mismo que, posteriormente, se ha extralimitado³². Desde esta perspectiva cobra sentido, como expresa la STS 377/2013, Penal, de 3 de mayo (ECLI:ES:TS:2013:1939), la diferencia esencial entre las conductas contempladas en los arts. 197 y 198 y el 417 del CP, cometidas por un funcionario o autoridad, que «se centra en la legalidad del acceso a la información reservada a la que se refieren dichos preceptos. El art. 197 parte de la exigencia de que el autor no esté autorizado para el acceso, el apoderamiento, la utilización o la modificación en relación con los datos reservados de carácter personal o familiar, y castiga en el art. 198 a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la ley, sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior. Mientras que el art. 417 castiga la revelación de secretos o informaciones que no deban ser divulgados, y de los que la autoridad o funcionario público haya tenido conocimiento por razón de su oficio o cargo». Si después la autoridad o funcionario público hace uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, habrá que aplicar el art. 442 CP.

5. Conclusiones

Aceptado el relato de hechos probados, del análisis de este comentario a la STS 1000/2025 se extraen las siguientes conclusiones:

Primero. Lo injusto específico del delito tipificado en el art. 417.1 CP se compone de tres elementos: (a) la posición jurídica del sujeto cualificado, una autoridad o funcionario público, que conoce el secreto o la información reservada por razón de su oficio o cargo; (b) la obligación de no divulgarlos; y (c) su revelación. El bien jurídico protegido es el buen funcionamiento de la Administración Pública, que incluye la preservación y la utilización correcta de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de sus fines con las debidas garantías. Frente a una interpretación fundada en la mera infracción del deber de confidencialidad, el legislador configura el art. 417.1 CP como un delito especial con base en la teoría del dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico (dominio social típico) y la correlativa posición de garante del sujeto cualificado.

Segundo. En el caso concreto enjuiciado, la STS 1000/2025 fundamenta la condena del Fiscal General del Estado en el acceso lícito a –y, por tanto, el conocimiento de– una información reservada relativa a los derechos fundamentales de una persona investigada –en particular, una conformidad penal por su conexión con la protección del derecho de defensa y la presunción de inocencia–, por razón de su cargo que supone el ejercicio de una función pública, en la que debe preservar y utilizar correctamente los medios o instrumentos esenciales para que el proceso penal cumpla sus fines con las debidas garantías, entre otras, aquellas que permiten a todas las personas, físicas y jurídicas, proteger y hacer valer, con arreglo a un procedimiento previamente establecido, sus derechos, libertades e intereses legítimos en cualquier tipo de controversia ante

³² Véase RUEDA MARTÍN, *La nueva protección de la vida privada y de los sistemas de información en el Código penal*, 2018, pp. 65 s.

los tribunales y administraciones públicas. Si un investigado expresa su voluntad de aceptar la autoría del delito que le es imputado puede obtener una rebaja de pena por su disposición a reconocer la culpabilidad. «Pero todo ello pasa, claro es, por la exigencia de que esa disposición no trascienda al Juez o Tribunal que, en la hipótesis de fracaso del pacto de conformidad, llegue a asumir la competencia para el enjuiciamiento, pues difícilmente podría articularse una defensa eficaz», y esto es lo que queda comprometido con la información revelada en la nota informativa del Fiscal General del Estado, tal y como argumenta la aludida STS.

Tercero. El reproche por la revelación de la información reservada a través de la nota informativa no se desvanece por su conocimiento público o general, sino que reside en la posición jurídica de la que es titular el Fiscal General del Estado y en virtud de la cual (a) ostenta un dominio social típico en la esfera donde se desenvuelve el bien jurídico protegido y (b), en consecuencia, una posición de garante.

Cuarto. La nota informativa no puede considerarse una respuesta adecuada frente a una desinformación social y política difundida. El bien jurídico relativo al buen funcionamiento de la Administración Pública en el que se integra la preservación y la utilización correcta de los medios o instrumentos esenciales para que el proceso penal cumpla sus fines con las debidas garantías, se encuentra más vulnerable en el dominio social que ostenta el Fiscal General del Estado por el ejercicio de tal función pública –y por esta razón, respecto del bien jurídico asume una posición de garante–. El Fiscal General del Estado debía acudir a cauces que no comprometieran determinados derechos fundamentales del investigado como, por ejemplo, un desmentido genérico.

Quinto. Desde un enfoque político criminal es preciso reflexionar acerca de una posible intervención penal frente a la difusión de determinada desinformación social o política que puede resultar muy perturbadora.

¿Licencia para mentir? Cómo el Tribunal Supremo convierte el secreto profesional del periodista en sospecha.

Joan Solanes Mullor*
Universitat Pompeu Fabra
joan.solanes@upf.edu

-

1. El apartado 1.8 de la STS 1000/2025: el periodista bajo sospecha

No hay duda alguna de que el secreto profesional del periodista –entendido como derecho a no revelar sus fuentes– ha generado debates inacabables en sede doctrinal y judicial¹. En este sentido, el apartado 1.8 de la opinión mayoritaria de la STS 1000/2025² acierta al señalar que el derecho a no revelar las fuentes es una cuestión nuclear en la profesión periodística y, tampoco se equivoca, en plantear este debate desde la óptica de los derechos fundamentales. La caracterización del secreto profesional del periodista en este apartado 1.8 como derecho fundamental constitucional (artículo 20.1.d de la Constitución española, CE en adelante) y como derecho convencional (artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH en adelante) es a todas luces una adecuada reconstrucción de su naturaleza. En su dimensión individual, el secreto profesional permite la actividad investigadora del periodista y lo blinda ante posibles responsabilidades civiles y/o penales, en su dimensión colectiva o institucional, alienta la colaboración ciudadana con el fin de ejercer esa función tan importante en una sociedad democrática como es la del control del poder (*watchdog*)³.

* Profesor Agregado de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra. Agradezco a Alejandro Saiz Arnaiz sus comentarios, que han servido para mejorar el texto. Por supuesto, cualquier error que persista es responsabilidad mía.

¹ Por todos, y entre nuestra doctrina, cabe citar las obras de CARRILLO LÓPEZ, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas: una aproximación al estatuto jurídico de los profesionales de la información*, 1993; MORETÓN TOQUERO, *El secreto profesional de los periodistas: de deber ético a derecho fundamental*, 2012.

² STS 1000/2025, Penal, de 9 de diciembre (ECLI:ES:TS:2025:5365), fundamentos de derecho, cuestiones previas, pp. 109-119.

³ Véase, en nuestra jurisprudencia constitucional como muestra de reconocimiento de la doble dimensión del secreto profesional periodístico, citada tanto por la opinión mayoritaria como por el voto particular, la STC 30/2022, de 7 de marzo (BOE núm. 84, de 8 de abril de 2022), FJ. 5. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante): «el derecho de los periodistas a proteger sus fuentes forma parte del derecho a comunicar y recibir información e ideas sin injerencias de las autoridades públicas, derecho protegido por el artículo 10 del Convenio, y sirve como una de sus principales salvaguardas. Es un pilar de la libertad de información, sin el cual las fuentes no colaborarían con la prensa en la obtención de información en materia de interés público. Como resultado, el vital papel como “*public-watchdog*” de la prensa quedaría mermado, así como la habilidad de esta de proveer información veraz y fiable a la ciudadanía» (STEDH de 14 de septiembre de 2010, caso *Sanoma Uitgevers B.V. c. Países Bajos*, párr. 50).

Al mismo tiempo, este acierto no enmascara lo que el primer párrafo del apartado 1.8 ya anuncia: nadie había planteado esta problemática como una cuestión previa y, por tanto, lo que realmente importa es la actividad probatoria y, más concretamente, la testifical de los periodistas. Este apartado 1.8, por lo que se dirá a continuación, como mínimo resulta innecesario y, lo peor de todo, contiene una concepción de tal derecho que afecta a la valoración de la prueba en un sentido que no se adecua a su contenido. En pocas palabras, este apartado 1.8 podría haberse evitado, por innecesario, pero su presencia y su errónea conclusión sobre las consecuencias del secreto profesional del periodista condiciona en sentido negativo toda la actividad probatoria que sobre este particular se lleva a cabo por el tribunal.

Es innecesario porque realmente no estamos ante una problemática que afecte al secreto profesional del periodismo. Sin duda, en el caso participan periodistas, su testifical es relevante para la actividad probatoria, pero en ningún momento se les ordena, ya sea por parte del tribunal u otra autoridad pública, revelar sus fuentes. El secreto profesional protege al periodista ante una orden para revelar sus fuentes, por ejemplo, en el marco de una investigación penal. También lo protege en su obligación de declarar como testigo, puesto que puede negarse a revelar las fuentes sin consecuencia penal alguna. En esta línea y para citar el marco normativo más reciente en la materia, el Reglamento Europeo sobre la Libertad de los Medios de Comunicación (RELMC en adelante) disciplina a nivel del Derecho de la Unión la posibilidad de que los Estados Miembros puedan ordenar la revelación de las fuentes periodísticas⁴.

La discusión, por tanto, se ha centrado en los motivos o razones por los que el periodista debe o no revelar sus fuentes, ya sea en el marco de una investigación o instrucción penal para colaborar con las autoridades o bien en la testifical de un juicio oral. El apartado 1.8 de la STS 1000/2025 acierta en el hecho de que en España, a diferencia de cuanto sucede en otros países, no existe una regulación a nivel legislativo sobre el secreto profesional del periodista⁵. A pesar de ello, el reconocimiento constitucional del derecho, la jurisprudencia del TEDH, los códigos deontológicos periodísticos y ahora el RELMC nos dan ya muchos criterios para poder dar una respuesta acertada en esta materia. La respuesta se puede sintetizar de la siguiente manera: la revelación de las fuentes periodísticas solamente será exigible si concurre una razón imperiosa de interés general y si se respeta el principio de proporcionalidad (en terminología del RELMC, pero también de manera similar encontramos esta conclusión en la jurisprudencia del TEDH)⁶. Recoge muy bien este sentir la Recomendación No. R (2000) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes de información: procederá la revelación si concurre una razón imperiosa de interés general y si las circunstancias son suficientemente «vitales y serias». Pero también ese sentir está presente en el Código deontológico aprobado en 2017 por la Federación de Asociaciones de Periodistas de España (FAPE en adelante)⁷.

⁴ Véase especialmente el artículo 4 RELMC (también sus considerandos 19 a 23).

⁵ Esto no quiere decir que el legislador español no haya valorado la posibilidad de regular la materia. Se registró en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica de protección del secreto profesional del periodismo (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 19 de diciembre de 2022, nº 121/000135), que decayó en 2023 por caducidad debido al adelanto electoral. En la actual legislatura, se está impulsando el Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora del derecho al secreto de los profesionales de la información y de los prestadores de servicios de medios de comunicación (aprobado por Consejo de Ministros el 22 de julio de 2025).

⁶ En cuanto a la jurisprudencia de Estrasburgo, véase el caso seminal del TEDH *Goodwin c. Reino Unido*, sentencia de 27 de marzo de 1996, párr. 39-40. Y en un caso más reciente, protegiendo las fuentes periodísticas en la era digital, véase STEDH de 1 de abril de 2021, caso *Sedletska c. Ucrania*.

⁷ Principio II.3 Código deontológico FAPE.

Las razones imperiosas de interés general para exigir la revelación de las fuentes son diversas, pero se reconducen todas a ellas a salvaguardar un interés o bien jurídico de primer orden, «vital y serio» en palabras de la Resolución No. R (2000) 7 o, en palabras del Código deontológico de la FAPE, cuando «conste fehacientemente que la fuente ha falseado de manera consciente la información o cuando el revelar la fuente sea el único medio para evitar un daño grave e inminente a las personas». Las iniciativas legislativas españolas, tanto la decaída en 2023 como el actual Anteproyecto de Ley que se está impulsando, hacían y hacen hincapié también en limitaciones excepcionales y facultarían a los tribunales a ordenar la revelación de las fuentes cuando «sea el único medio para evitar un daño grave e inminente que afecte a la vida, integridad física o seguridad de las personas» o «cuando sea el único medio para evitar un riesgo grave e inminente para la seguridad nacional o afecte gravemente a los elementos esenciales del sistema constitucional»⁸.

Sin duda la integridad del proceso penal puede ser también una razón imperiosa de interés general (véase el artículo 10.2 CEDH y la posibilidad de interferir en el derecho a la libertad de expresión e información, y por ende en el secreto profesional del periodista, para salvaguardar la «defensa del orden y la prevención del delito»), pero el TEDH ha establecido que el secreto profesional del periodista es un valor prevalente y por tanto esta excepción tiene poco recorrido⁹. En efecto, el TEDH ha señalado que cualquier orden para revelar las fuentes periodísticas por parte de un tribunal en el marco de una investigación penal, sobre todo con la finalidad de proveer pruebas para el buen desarrollo de la misma, se sujeta a un estándar de control estricto en el que deben darse razones imperiosas de interés general y motivarse según las circunstancias concretas del caso, sin ser posibles justificaciones basadas en remisiones a leyes genéricas o tipos genéricos de delitos (por ejemplo, la mera calificación legislativa como «grave» de un delito no merita por sí sola como una razón suficiente para la limitar el secreto profesional)¹⁰.

En definitiva, cómo se reconoce el secreto profesional y cuándo este se excepciona son cuestiones de primer orden para el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática. Pero en el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo (TS), de manera sin duda correcta, no ha exigido en ningún momento la revelación de la fuente periodística que ha filtrado el correo electrónico de 2 de febrero de 2024. No lo hace porque no tiene base legal para hacerlo, como el mismo TS señala no existe todavía regulación legislativa que discipline las excepciones al derecho fundamental a no revelar las fuentes, pero también no lo hace porque el sentir de tal derecho, al amparo de su regulación constitucional, convencional y deontológica, no lo ampara para tal exigencia. Y esto sin duda es lo correcto, no hay reproche alguno en esta decisión tomada por el TS.

Por eso decíamos que este apartado 1.8 resulta innecesario. No se exige la revelación de las fuentes, y no hacerlo está bien. Además, de la reconstrucción de las testificales que llevan a cabo tanto la opinión de la mayoría como el voto particular, se vislumbra con claridad que los periodistas no revelan las fuentes, pero niegan que el acusado ahora ya condenado fuera una de ellas. Todo apunta que los periodistas han colaborado con el proceso penal, han comparecido como testigos y en sus declaraciones no han revelado las fuentes que filtraron el correo electrónico de 2 de febrero de 2024 pero sí han negado que el acusado estuviera entre ellas. Distinto hubiese sido, como sucede a menudo y entonces el secreto periodístico y su relación con el proceso penal hubiese cobrado relevancia por las dificultades que ello podría acarrear para el

⁸ Artículo 5.2. a) y b) Anteproyecto de Ley Orgánica *supra* nota 5.

⁹ Véase la STEDH de 5 de octubre de 2017, caso *Becker c. Noruega*, párr. 79-81.

¹⁰ STEDH de 6 de octubre de 2020, caso *Jecker c. Suiza*, párr. 34-43.

esclarecimiento de los hechos, si los periodistas se hubiesen limitado a no identificar sus fuentes, pero en este caso expresaron, bajo juramento o promesa de decir la verdad en su testifical, que en todo caso el acusado no era una de ellas.

Todo, por tanto, se circunscribe a la valoración de la prueba, en la que las testificales de los periodistas sin duda son importantes y en las que se afirma que el acusado no es la fuente. Que haya sido otra y que no se quiera revelar es una decisión que corresponde al periodista amparado por un derecho fundamental que le dicta a su entender que la revelación es necesaria solamente cuando concurre una razón imperiosa de interés general. Y el periodista entiende, creemos que de manera acertada, que esta razón no concurre en este caso. Y el TS lo avala, puesto que en ningún momento y también de manera oportuna, ordena la revelación de la fuente.

Lo innecesario de este apartado 1.8 se convierte en inadecuado en su parte final cuando el TS conecta el derecho a no revelar sus fuentes con la valoración de la testifical de un periodista¹¹. Para el TS, tal derecho genera un «deber deontológico» y «un fortísimo deber de lealtad con la fuente» que hace que los periodistas puedan realizar «manifestaciones, aunque no sean totalmente fieles a la realidad, si les guía la necesidad de mantener oculta su fuente». Lo que está sugiriendo el TS es que el periodista puede mentir en su testifical, o, dicho de otro modo, su valor como testigo está bajo sospecha como consecuencia de un inexistente deber de no revelar sus fuentes. No se sabe muy bien, puesto que no se proporciona el origen de la cita, de dónde se extrae ese «deber deontológico» que se anuncia y que sorprendentemente unas líneas más abajo se convierte en un “deber protegido constitucionalmente de lealtad a sus fuentes”. De ningún modo puede extraerse este deber a nivel normativo y, menos aún, de la dimensión de derecho fundamental que atesora el secreto profesional del periodista. Lo único que le ampara tal derecho es a no revelar las fuentes, es decir, puede guardar silencio o acogerse formalmente a tal derecho cuando se le pregunte por ellas. Más allá de esto, está sujeto a la obligación de decir la verdad como testigo y a todas las consecuencias penales en caso de no decir esa verdad (artículo 458 del Código Penal, delito de falso testimonio). Si se le pregunta si X o Y es su fuente y afirma sí o no, estará sujeto a la regla de no faltar a la verdad que rige para cualquier testigo. Si su respuesta es el silencio o se acoge al secreto profesional, nada negativo de esa respuesta puede deducirse contra él (y en ningún caso estará faltando a la verdad).

Fíjese que el ejemplo «hiperbolizado» (*sic*) que da la opinión de la mayoría –que por cierto, nada de exagerado tiene, se asemeja bastante al caso que tenemos entre manos– es engañoso¹²: se publica una noticia sobre un escándalo en un departamento oficial, un testigo señala haber visto poco antes de la publicación a un periodista hablando con un funcionario de ese departamento, ergo –dice la opinión de la mayoría– la contestación del periodista de acogerse a su derecho a reservar la fuente puede constituir la confirmación de que esa es la fuente. Más allá de generar muchas dudas que solamente ese testigo pueda hacer llegar a tal conclusión, en el ejemplo el periodista no afirma ni niega que esa sea la fuente, solamente se acoge a su derecho de no revelarla. Nada tiene que ver este ejemplo con las testificales de los periodistas en el caso que nos ocupa, puesto que se acogen a tal derecho, pero al mismo tiempo afirman que el acusado no es la fuente. Esta última afirmación está formulada bajo la obligación de decir la verdad como testigo y deber ser valorada como cualquier testifical con los criterios de credibilidad que se manejan de manera habitual. Y entre ellos el secreto profesional, es decir, el ejercicio de un derecho fundamental, no puede operar como factor negativo de credibilidad: el testigo periodista

¹¹ STS 1000/2025, de 9 de diciembre, fundamentos de derecho, apartado 1.8, pp. 118-119.

¹² *Ibid.* en p. 118.

no quiere revelar las fuentes bajo su criterio deontológico, pero sí que, bajo juramento o promesa y con la posibilidad de incurrir en falso testimonio, hace una afirmación que habrá que razonar si se entiende creíble o no y, por tanto, si se suma a la prueba de cargo o de descargo que se formula contra el acusado. En pocas palabras, respecto a la afirmación que niega que el acusado sea la fuente, el secreto profesional no tiene relevancia alguna.

2. ¿Indicios de filtración o deber de verificación? La divergencia radical en la reconstrucción de la intervención de los periodistas

Así pues, tal y como se apunta en el apartado 1.8, la valoración de la testifical resulta determinante. Pero antes de ver cómo el tribunal hace uso del secreto periodístico en tal valoración, resulta importante ver cómo se reconstruye, aunque sea someramente, la actividad periodística en el caso. Y la reconstrucción de los hechos en cuanto a la intervención de los periodistas, como se verá, es muy distinta a los ojos de la opinión de la mayoría del tribunal y de las magistradas discrepantes en su voto particular. El papel de los periodistas en el caso, y especialmente el relato que podemos observar, nos conduce a dos verdades procesales muy diferentes.

2.1. El escenario de la mayoría: la construcción de la filtración

El relato fáctico en el que la opinión de la mayoría apoya la valoración de los hechos empieza con la testifical del acusado, ahora ya ex Fiscal General del Estado: Álvaro García Ortiz declara que él no ha filtrado a la prensa el correo electrónico de 2 de febrero de 2024¹³. El punto de partida, por tanto, es que el acusado niega ser la fuente de las noticias publicadas por la prensa. A continuación, será clave en el relato de la mayoría la comunicación entre Álvaro García Ortiz y el periodista Miguel Ángel Campos¹⁴. Es este periodista el que en el programa Hora 25 de la *Cadena Ser*, a las 23.25 h del día 13 de marzo de 2024, difunde por primera vez parte del contenido del correo electrónico en cuestión, correo que posteriormente se publicó íntegramente en la web de la *Cadena Ser* a las 23.51 h.

El relato prosigue situando a Álvaro García Ortiz como la fuente que revela el correo al periodista Miguel Ángel Campos. Para ello se aportan dos hechos. El primero, la comunicación entre los dos individuos: una llamada del periodista el mismo 13 de marzo antes de la filtración del correo a las 21.38 h que dura 4 segundos (en terminología habitual, una perdida, que recibe como respuesta del Fiscal General del Estado un SMS de aviso a las 21.38.36 h) y, de esta llamada y del hecho de que no hay más contactos telefónicos, una comunicación indiciaria («sugere» en palabras de la opinión mayoritaria) por «otras vías telemáticas»¹⁵. El segundo, el borrado por parte del Fiscal General del Estado de todos sus mensajes de la aplicación de *WhatsApp*: es aquí para la opinión de la mayoría donde debe haber acontecido, de manera indiciaria, la comunicación con el periodista¹⁶.

Así pues, se empieza con la testifical del acusado, que niega ser la fuente periodística, y se rebate tal testifical, a juicio de la mayoría, afirmando que sí que es la fuente al entender que existió

¹³ *Ibid.* en apartado 2.3, pp. 123-126.

¹⁴ *Ibid.* en apartado 2.6, pp. 131-132.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.* en apartado 2.7, pp. 132-139.

comunicación con el periodista que reveló la información: comunicación directa e indiciaria que se demuestra probada con la pérdida entre los dos individuos y el borrado de mensajes de *WhatsApp*. Cabe señalar un hecho importante, que omite el relato fáctico de la opinión de la mayoría en el momento de la valoración: el periodista Miguel Ángel Campos niega en su testifical que el Fiscal General del Estado sea su fuente.

Tampoco se tambalea para la opinión de la mayoría la conclusión de que el acusado es la fuente periodística por el hecho de que dos periodistas declaren en sus testificales que poseían el correo electrónico de 2 de febrero de 2024 con anterioridad a su publicación y que, igual que Miguel Ángel Campos, declarasen que el Fiscal General del Estado no era su fuente. Se recogen las testificales de José Precado, periodista del *eldiario.es*, que afirma que ya el 6 de marzo poseía en su poder el correo electrónico, y de Alfonso Pérez Medina, periodista de *La Sexta*, que también lo poseía con antelación¹⁷. No entramos en el papel de otros testigos, provenientes de la Fiscalía o de otras instituciones, que son muy relevantes para el caso pero que no nos interesan en este relato fáctico que atañe a los periodistas. La conclusión es clara en tal relato para la opinión de la mayoría: Miguel Ángel Campos consigue el correo electrónico de 2 de febrero de 2024 gracias a su comunicación con el Fiscal General del Estado y, una vez obtenido, procede a utilizarlo en el programa Hora 25 y a publicarlo posteriormente en la web de la *Cadena Ser* el 13 de marzo de 2024.

2.2. El escenario del voto particular: la reconstrucción fáctica de la verificación periodística

El voto particular suscrito por las magistradas Susana Polo García y Ana Ferrer García nos da un relato fáctico sobre el papel de los periodistas distinto al de la mayoría en dos sentidos: es mucho más detallado y nos lleva a una conclusión totalmente contrapuesta. Es detallado porque nos permite entender mucho mejor el despliegue de la actividad de los periodistas involucrados, y nos lleva a la siguiente reconstrucción de los hechos: varios periodistas obtienen el correo electrónico de una fuente no revelada y que quieren proteger, negando en todo momento que sea el Fiscal General del Estado. Miguel Ángel Campos es el único periodista que lo acaba difundiendo, pero antes, y allí el sentido de la llamada perdida, intenta confirmar el correo y la información allí contenida directamente con el Fiscal General del Estado. Fíjese el lector lo distinta que es la verdad procesal para el voto particular: Miguel Ángel Campos intenta comunicarse con Álvaro García Ortiz en aras de verificar el contenido del correo que ha obtenido de su fuente, que no quiere revelar amparándose en el secreto profesional. Esto es: un periodista ejerciendo su deber de diligencia profesional en aras de la veracidad de la información que publica.

En este relato fáctico tan diferente, José Precado, periodista de *eldiario.es*, ya posee el correo electrónico desde el 6 de marzo de 2024¹⁸. Este dato, que solamente aparece en el relato de la mayoría de manera sucinta, se amplía mucho más en el voto particular. José Precado tiene ese correo, todo el expediente tributario y la denuncia presentada por la Fiscalía en los Juzgados de Madrid el 5 de marzo de 2024. Este periodista se pone en contacto con la Fiscalía General del Estado para obtener más información y esta le remite a la Fiscalía Provincial de Madrid. El 12 de marzo este mismo periodista ya difunde parte del contenido periodístico que tiene, pero no el correo electrónico de 2 de febrero. El voto particular adiciona a José Manuel Romero Salazar

¹⁷ *Ibid.* en apartado 2.11, pp. 145-147.

¹⁸ *Ibid.* Voto particular, apartado I., subapartados 6 a 8, pp. 187-189.

Pérez Cejuela, periodista de *El País*, como conocedor del correo electrónico antes de su publicación, una testifical que omite describir la opinión de la mayoría¹⁹.

Dejamos de lado la tormenta política que se desata el 12 de marzo por la publicación efectuada por el periodista José Precado y que recoge bien el relato fáctico del voto particular²⁰. A efectos periodísticos, destaca la actividad del 13 de marzo justo antes de la publicación del correo electrónico de 2 de febrero de 2024 a las 23.25 h en el programa Hora 25²¹. Alfonso Pérez Medina, periodista de *La Sexta* y que también aparece en el relato de la opinión de la mayoría, pudo «examinar» según sus palabras el correo electrónico antes de las 22.10 h. Se publica información en la web de *La Sexta* que pone de manifiesto que se conocía el correo y se circula dicha información en el chat interno sobre tribunales de *La Sexta* hacia las 21.54 h. Finalmente, entra en acción Miguel Ángel Campos, periodista de la *Cadena Ser*, que afirma que tuvo conocimiento del correo pasadas las 14.00 h, lo pudo ver presencialmente ante su fuente a las 15.40 h y tomó nota manuscrita del mismo. A continuación, intentó verificar el contenido del correo y su información con el abogado de Alberto González Amador, Carlos Neira Herrera, y con el Fiscal General del Estado. Ya sabemos que esa llamada de Miguel Ángel Campos acabó en pérdida. Finalmente, el periodista difundió el correo a las 23.25 h en el programa Hora 25 de la *Cadena Ser*.

Hacemos un pequeño resumen del relato fáctico que nos presenta el voto particular: el Fiscal General del Estado no es la fuente, el correo electrónico de 2 de febrero de 2024 ya se había filtrado desde el 6 de marzo y nos encontramos ante una actividad periodística que trata de verificar la información y la va difundiendo desde el 6 al 13 de marzo. Estamos delante de una reconstrucción detallada de una actividad periodística habitual: conseguir información de sus fuentes, intentar verificarla, y finalmente tomar decisiones sobre su publicación. El Fiscal General del Estado aparece en este relato como el mejor método para intentar verificar la información que se ha obtenido, pero no como la fuente, puesto que los tres periodistas niegan que él lo sea. Contrástese con el relato de la mayoría: la llamada perdida entre el Fiscal General del Estado y Miguel Ángel Campos, así como el borrado de *WhatsApps* por parte del Fiscal General del Estado que «sugiere» una comunicación indiciaria entre los dos individuos por esta aplicación de mensajería, sitúan al Fiscal General como la fuente, no el método para cumplir con el deber de diligencia de la veracidad periodística que se deduce del relato del voto particular.

3. La instrumentalización del secreto profesional del periodista: de derecho fundamental a factor de sospecha en la valoración probatoria

El lector podrá sacar sus conclusiones acerca de las dos verdades procesales. Se puede entrever la poca elaboración de la opinión mayoritaria en cuanto a la narrativa factual de las testificales de los periodistas. Por el contrario, gracias al voto particular y a su detallado relato de los hechos, entendemos mucho mejor lo acontecido entre el 12 y el 13 de marzo de 2024 y el papel que jugaron los periodistas en el caso resulta mucho más perfilado. Lo que nos interesa en estas líneas que siguen es analizar cómo se ha utilizado el secreto profesional por parte del tribunal en la valoración de la prueba. Aquí la opinión es mucho más severa, no se trata simplemente de poca

¹⁹ *Ibid.* Voto particular, apartado II.1, p. 199 y apartado II.2, pp. 203-204.

²⁰ *Ibid.* Voto particular, apartado I, subapartados 9 a 14, pp. 189-193.

²¹ *Ibid.* Voto particular, apartado I, subapartado 15, pp. 193-195.

elaboración en lo narrativo, sino que se tergiversa por completo el sentir de tal derecho fundamental.

El apartado 1.8 allana el camino a la opinión mayoritaria para devaluar el testimonio de los periodistas. En sede de valoración de sus testificales²², aflora todo el sentir que la opinión mayoritaria anticipa en las «cuestiones previas». El secreto profesional y la «lealtad a las fuentes» que acarrea para la mayoría, tal y como se describe en la parte final del apartado 1.8, se convierte ahora en central para desconfiar de la testifical de los periodistas y, por tanto, desvirtuar su credibilidad o fiabilidad. Ahora bien, la verdad es que la opinión mayoritaria no es nada clara en la actividad de valoración que realiza, y esto ya nos hace sospechar que realmente había un problema con «la prueba» de difícil solución para llegar a una condena.

La valoración de la prueba por parte de la opinión de la mayoría empieza con unas referencias a los factores de credibilidad y fiabilidad de la prueba testifical que se utilizan de manera genérica en un proceso penal²³. Es muy interesante ver como todos estos criterios desaparecen por completo en la valoración concreta de las testificales de los periodistas que se practican en el caso. Primero se sustancia la testifical del periodista José Precado y se despacha su valoración con un solo párrafo: el testigo «parece» creíble, pero se trata de una testifical meramente subjetiva o sensorial y no es suficiente para desvirtuar la prueba de cargo contra el acusado –es decir, que es la fuente– para la opinión mayoritaria²⁴. Después se sustancia la testifical de los periodistas Alfonso Pérez Medina y Miguel Ángel Campos, en unidad de acto, y se dice, textualmente, que «parecen creíbles», pero sus testimonios no alteran el tipo penal en cuestión (o mejor dicho la tipicidad, a la que la mayoría entrará a fondo en el siguiente apartado de la sentencia)²⁵. Nada más, así se despachan las dos testificales, sin más.

La devaluación de las testificales de los periodistas ya se había realizado en la parte final del apartado 1.8: el secreto profesional, pese a ser un derecho fundamental para la opinión de la mayoría, puede condicionar la declaración de un periodista en el sentido de que no sea «fiel» a «la realidad» por su lealtad a las fuentes. Este sentir se plasma con toda crudeza en un pasaje de la valoración de las testificales de los periodistas en el que la opinión mayoritaria es «consciente» del «difícil equilibrio» al que se somete un testigo periodista cuando responde a preguntas sobre su fuente que no desea revelar²⁶. Aunque en este concreto pasaje la opinión mayoritaria alaba al periodismo por su prudencia profesional y en la valoración de las dos testificales de los periodistas los tacha de «creíbles», al mismo tiempo se esparce una sospecha generalizada sobre el periodista testigo que empieza en la última parte del apartado 1.8 y que se plasma en este «difícil equilibrio» que nutre ese recelo. La sospecha aparece en la última parte del apartado 1.8 y se materializa en desconfianza en toda la valoración de las testificales de los periodistas.

En tal valoración debería haberse razonado por qué se descarta o se considera no creíble la afirmación de que el acusado no es la fuente, afirmación que se realiza y que se pone de manifiesto tanto en el relato fáctico de la opinión mayoritaria como del voto particular. Utilícense los criterios habituales en todo proceso penal para determinar la credibilidad de esa afirmación (posibles contradicciones, inconsistencias, etc.) por parte de un testigo sujeto a

²² STS 1000/2025, de 9 de diciembre, fundamentos de derecho, apartado 2.11, pp. 143-147.

²³ *Ibid.* en apartado 2.1, pp. 119-123.

²⁴ *Ibid.* en apartado 2.11, pp. 145.

²⁵ *Ibid.* en pp. 145-146.

²⁶ *Ibid.* en apartado 2.9, pp. 140-141.

promesa o juramento de decir la verdad, pero desconfiar o restar credibilidad sobre la base del secreto profesional del periodismo no es admisible. Como hemos sostenido, tal derecho fundamental es relevante para proteger al periodista ante órdenes de las autoridades para que revele sus fuentes. La integridad y función del periodista en una sociedad democrática justifica esta protección. Pero solamente protege al periodista si se acoge a no revelar la fuente o guarda silencio, en nada ampara al periodista ante afirmaciones o declaraciones que decide hacer como testigo en sede de un proceso penal en el que debe decir la verdad incurriendo en caso contrario en falso testimonio, es decir, cometiendo un delito.

El secreto profesional del periodista no es, de ningún modo, una carta blanca para poder mentir en un proceso penal. La integridad procesal y el secreto profesional del periodista han tenido sus encuentros en una larga historia de casos ante nuestros tribunales, tanto españoles como europeos, y sin duda la revelación o no de las fuentes periodísticas puede afectar el buen devenir de una investigación penal²⁷. Si bien la relación entre estos dos bienes jurídicos no está exenta de debate, lo que está claro es que el periodista no puede, más allá de revelar o no sus fuentes, faltar a la verdad como testigo. Simplemente, el bien jurídico a proteger que es el buen funcionamiento del sistema penal, no lo permite. El secreto profesional que blindas las fuentes del periodista es necesario para el buen devenir de la función periodística como *watchdog*, aunque eso, sin duda, dificulte el esclarecimiento de los hechos en un proceso penal, pero ese blindaje solamente permite al periodista acogerse a ese derecho para no contestar determinadas preguntas que puedan comprometer a la fuente o que pueda guardar silencio sobre las mismas. Cuando el periodista decide elaborar una narrativa, la que sea, se somete al juicio de credibilidad o fiabilidad habitual de todo testigo.

Es en este aspecto en el que el voto particular precisamente centra su crítica a la opinión mayoritaria²⁸. Aciertan las magistradas que lo formulan cuando afirman que el secreto profesional nada tiene que ver con las declaraciones que realizan los periodistas en sus testificales. Esas declaraciones no se les puede restar credibilidad por la mera existencia del secreto profesional, puesto que este solamente opera respecto al hecho de revelar o no las fuentes. Toda la reconstrucción de los hechos que llevan a cabo los periodistas, es decir, cómo obtuvieron la información –llamadas, corroboraciones, publicaciones parciales– y especialmente la negación del acusado como su fuente, se sujetan a las reglas habituales de credibilidad de testigos. Las magistradas en su voto particular señalan que se trata de periodistas con una larga trayectoria profesional, no se vislumbran inconsistencias en su relato, no parece que haya nada que merme su credibilidad. Contrástese esta valoración con la parca narrativa de la opinión de la mayoría que desvirtúa la credibilidad de manera genérica de las testificales de los periodistas en el apartado 1.8 y después, con una pírrica otra vez elaboración en la práctica concreta de la prueba, apunta como «creíbles» pero no suficientes las testificales de los periodistas. Y todo ello, en palabras de la opinión de la mayoría, siendo «conscientes» del «difícil equilibrio» al que está sujeto un periodista testigo que no quiere revelar sus fuentes.

La instrumentalización (¿manipulación?) del secreto profesional del periodista por parte de la opinión de la mayoría es claramente criticable. Todo su discurso sobre tal derecho fundamental en la parte inicial del apartado 1.8 queda ensombrecido por la nada velada desconfianza que se siembra en los párrafos finales de ese apartado y que se materializa en la valoración de la prueba. Fíjese el lector en los equilibrios que realiza la opinión mayoritaria. Por un lado, alaba la

²⁷ Véase el apartado 1 de este comentario.

²⁸ Voto particular, apartado II.3 y II.4, pp. 204-208.

prudencia de los periodistas por no revelar información que ellos mismos creyeron que era reservada –y por eso se deduce precisamente la confidencialidad de esa información²⁹–, por el otro siembra dudas sobre los efectos de semejante comportamiento ya que los lleva a un «difícil equilibrio» como testigos en un proceso penal, puesto que su lealtad con las fuentes les puede apartar de la «fidelidad» con «la realidad»³⁰. Y más equilibrios: los periodistas resultan «creíbles», es decir, merecen ser creídos, pero sus explicaciones sobre su labor periodística llevada a cabo en el caso que nos atañe son solamente precepciones «substantivas o sensoriales» que hacen que sus testificales no sean suficientes, sin ningún criterio más que se añada que permita esclarecer la razón de la insuficiencia de sus declaraciones. Demasiados equilibrios, aquí sí verdaderamente «difíciles», que agrietan la consistencia argumental de la opinión de la mayoría.

4. A modo de conclusión: la paradoja del secreto profesional del periodista y la devaluación probatoria

El análisis de la STS 1000/2025 y su dinámica probatoria en torno al secreto profesional del periodista arroja un balance ambivalente y dogmáticamente preocupante. Si bien la resolución acierta –en una primera aproximación teórica– al predicar del secreto profesional la condición (obvia por lo demás) de derecho fundamental, su aplicación práctica en el caso concreto termina por desnaturalizar esta institución, convirtiendo una garantía de la libertad de prensa en un factor de sospecha sobre el comportamiento de los periodistas en el proceso penal.

En primer lugar, la sentencia incurre en una confusión conceptual de graves consecuencias al sugerir, en su apartado 1.8, que el secreto profesional otorga al periodista una suerte de dispensa ética y jurídica para faltar a la verdad en el proceso penal. Esta interpretación, que desliza la idea de que la «lealtad a la fuente» justifica una narración no «fiel a la realidad», es inaceptable desde la óptica del derecho probatorio. Como se ha sostenido, el secreto profesional faculta el silencio (la no revelación), pero jamás ampara la mentira. El periodista, cuando decide declarar y niega explícitamente que el acusado sea su fuente, no está ejerciendo su derecho al secreto, sino que está realizando una declaración sujeta a las penas de falso testimonio. Asumir a priori que el periodista miente para proteger a su fuente, incluso cuando niega la autoría de un tercero bajo juramento, supone vaciar de contenido el valor probatorio de su testifical basándose en una presunción de culpabilidad que no encuentra acomodo en nuestro ordenamiento.

En segundo lugar, se advierte una clara instrumentalización del derecho fundamental por parte de la opinión mayoritaria. El tribunal utiliza la «consciencia del difícil equilibrio» del periodista no para proteger su labor, sino para desactivar la eficacia de los testimonios exculpatorios. Al catalogar las declaraciones de los periodistas –quienes negaron que el Fiscal General fuera el filtrador– como meramente «creíbles» pero insuficientes, sin aportar un razonamiento lógico-deductivo que refute su contenido, el Tribunal Supremo lleva a cabo una devaluación probatoria injustificada. Se descarta la prueba directa (la negación del hecho por los testigos presenciales) en favor de una construcción indiciaria débil (una llamada perdida y un borrado de mensajes), utilizando el secreto profesional como la coartada argumental para justificar dicha preferencia.

En tercer lugar, la fractura narrativa entre la opinión mayoritaria y el voto particular evidencia dos comprensiones antagónicas de la labor periodística. Mientras la mayoría construye un relato

²⁹ STS 1000/2025, de 9 de diciembre, fundamentos de derecho, apartado 2.3.3, p. 127.

³⁰ *Ibid.* en apartado 1.8, pp. 118-119 y apartado 2.9, pp. 140-141.

de filtración unidireccional y sospechosa, el voto particular, apoyándose en una valoración racional de las testificales, reconstruye una actividad de verificación periodística. El contacto entre el periodista y la fuente institucional no aparece aquí como la consumación de una revelación de secretos, sino como el cumplimiento del deber de diligencia profesional: el contraste de la información. La incapacidad de la opinión mayoritaria para integrar esta realidad profesional en su valoración de los hechos demuestra una desconexión inquietante entre la lógica judicial aplicada y la praxis de los medios de comunicación en una sociedad democrática.

En definitiva, la STS 1000/2025 sienta un precedente peligroso. No por lo que declara teóricamente sobre el secreto profesional, que es correcto, sino por cómo lo utiliza funcionalmente. Al transformar un derecho de protección (el escudo ante la coacción para revelar fuentes) en una tacha de credibilidad (la sospecha de que el periodista miente), el Tribunal Supremo no solo debilita la posición jurídica del profesional de la información en el proceso penal, sino que también erosiona la integridad de la valoración probatoria y, en definitiva, la tarea periodística. La sentencia nos deja, así, ante la paradoja de un fallo que, bajo la apariencia de respetar el estatus constitucional del periodismo, termina por desoír su verdad procesal en favor de una hipótesis acusatoria construida sobre el recelo hacia la propia función de la prensa.

Una mirada equidistante a la condena del Fiscal General del Estado. Algunas consideraciones desde la teoría jurídica del delito

Albert Estrada Cuadras*
Universitat Pompeu Fabra
aestrada@molins.eu

-

1. Dudas sobre el tipo penal potencialmente aplicable

Denominador común de las múltiples acusaciones presentes en la causa especial que aquí nos ocupa fue la calificación de los hechos de delito de revelación de secretos o informaciones de particular por parte de autoridad o funcionario público, según lo previsto en el art. 417.2 CP. Se trata de la modalidad típica más grave prevista en este precepto, castigada con penas de prisión de dos (2) a cuatro (4) años, multa de doce (12) a dieciocho (18) meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno (1) a tres (3) años.

Aparte, algunas acusaciones, entre ellas la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales (APIF, en adelante), imputaron un delito de revelación de secretos de la intimidad del art. 198 CP, un delito de interceptación de la correspondencia privada por parte de funcionario público (art. 535 CP), así como un delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP). El delito de prevaricación se imputó en concurso medial con los delitos de revelación. La relación entre los delitos de revelación y el de interceptación de la correspondencia habría sido de concurso de leyes, aunque este extremo no queda del todo claro en la sentencia comentada.

La Sala segunda descartó, con razón, cualquier tipo penal distinto al de revelación de secretos o informaciones de particular (art. 417 CP). En lo que sigue se recogen sucintamente los argumentos clave al respecto.

1.1. Delito de revelación de secretos de la intimidad por parte de autoridad o funcionario público (art. 198 CP)

En el art. 198 CP se prevé un tipo cualificado respecto de los previstos en el art. 197 CP, siendo el motivo del incremento de las penas la circunstancia de que el autor ostente la condición de autoridad o funcionario público, haya cometido las conductas previstas en el art. 197 CP sin mediar causa legal por delito y prevaliéndose de su cargo.

Entre las conductas tipificadas en el art. 197 está la de apoderarse ilegítimamente de información íntima de terceros (art. 197.1 CP), así como el apoderamiento o uso, sin estar autorizado, de datos

* Profesor asociado de la Universitat Pompeu Fabra.

reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado (art. 197.2 CP).

Las penas previstas para las dos anteriores modalidades típicas son la prisión de uno (1) a cuatro (4) años y la multa de doce (12) a veinticuatro (24) meses. Cuando los hechos son cometidos por autoridad o funcionario público en las condiciones previstas en el art. 198 CP, las penas que deben imponerse son la prisión de dos (2) años y seis meses (6) a cuatro (4) años, la multa de dieciocho (18) a veinticuatro (24) meses y la inhabilitación absoluta de seis (6) a doce (12) años.

Las penas son significativamente superiores a las previstas por el art. 417.1 CP, modalidad básica del tipo de revelación de secretos o informaciones por parte de autoridad o funcionario público por el que se acabó condenando al ex Fiscal General, imputado de forma subsidiaria por alguna de las acusaciones en su sub-modalidad agravada (Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias). El tipo básico de esta figura se sanciona con penas de multa de doce (12) a dieciocho (18) meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno (1) a tres (3) años.

En la sentencia aquí comentada, la Sala rechaza la aplicación del art. 198 CP de acuerdo con su jurisprudencia sobre los criterios que deben delimitar el ámbito de aplicación de esta figura penal y el de la prevista en el art. 417 CP. En varias resoluciones ha reiterado que una de las principales diferencias entre una figura y la otra es el modo de acceso a la información en cuestión. El autor del tipo previsto en el art. 198 CP accede de forma ilegítima. En cambio, el autor del art. 417 CP posee la información de manera legal¹. Al respecto, resulta ilustrativo el siguiente fragmento de la *STS 798/2025, Penal, de 2 de octubre (ECLI:ES:TS:2025:4520)*, en el que se reproduce íntegramente un párrafo de la *STS 725/2004, Penal (ECLI:ES:TS:2004:4055)*:

«La relación existente entre estos dos tipos penales -art. 197.2/198 y 417 CP- surge del texto de ambos. El art. 417.1 se refiere en principio a secretos e informaciones que no necesitan ser de carácter personal. Por lo tanto, la cuestión sólo se puede plantear entre el art. 197.2 y el 417.2 CP, dado que este último hace referencia a "secretos de un particular". Sin embargo, mientras en el caso del artículo 197.2 CP se trata de un acceso indebido a la fuente de los datos, pues la ley dice "sin estar autorizado", en el caso del artículo 417.2 CP el autor tiene un conocimiento propio de su cargo y obtenido por una necesidad del procedimiento administrativo. En ambos casos se vulnera un deber funcional de secreto, pero en el supuesto del artículo. 197.2/198 CP, el funcionario, además, infringe otro deber, dado que él se "apodera" ilegalmente, abusando de su posición funcional, de datos que no debería conocer por su cargo. Esta doble infracción de deberes explica y justifica la diferencia de las penas previstas para ambos delitos».

La base legal que ampara el acceso del ex Fiscal General al expediente del Sr. González Amador es el *art. 26 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (Ley n.º 50/1981, de 30 de diciembre – EOMF, en adelante), que la Sala segunda considera aplicable al caso concreto:

«El Fiscal General del Estado podrá llamar a su presencia a cualquier miembro del Ministerio Fiscal para recibir directamente sus informes y darle las instrucciones que estime oportunas, trasladando, en este caso, dichas instrucciones al Fiscal Jefe respectivo. El Fiscal General del Estado podrá designar a cualquiera de los miembros del Ministerio Fiscal para que actúe en un asunto determinado, ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales en que el Ministerio Fiscal está legitimado para intervenir, oído el Consejo Fiscal».

De cara a la futura interpretación de los arts. 197.1 y .2 CP resulta destacable la advertencia realizada por la Sala en el sentido de que la espiritualización del término «apoderamiento» o la

¹ La delimitación cuenta con la aprobación de la doctrina. Por todos, véase MORALES PRATS, «Artículo 198», «artículo 417», en QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, 8.ª ed., 2024.

amplitud con la que se conciben los términos «utilización» o «datos reservados de carácter personal o familiar que se hallen registrados» debe tener límites. El problema es que el Tribunal considera necesario fijar este límite para no vaciar de contenido otros tipos penales, en lugar de preocuparse por el debido respeto a los principios de legalidad o proporcionalidad.

1.2. Delito de interceptación de la correspondencia privada (art. 535 CP)

Con una mera interpretación gramatical del tenor literal del art. 535 CP cabe entender por qué este tipo penal no es aplicable al caso que nos ocupa. El Tribunal lo ventila en apenas seis líneas: la conducta tipificada en este precepto pivota sobre el verbo «interceptar», lo que significa entrometerse en un acto de comunicación ajeno. Nada de esto ha ocurrido en los hechos objeto de enjuiciamiento. El ex Fiscal General obtuvo la información directamente de uno de los participantes en la comunicación.

1.3. Delito de prevaricación administrativa (art. 404 CP)

El delito de prevaricación administrativa fue imputado por dos de las varias acusaciones existentes, por hechos distintos. La Fundación Foro Liberal y Alternativa consideró cometida esta infracción por el hecho de que el ex Fiscal General solicitó que se le enviaran los correos electrónicos controvertidos en su cuenta de correo personal de GMAIL, en lugar de la oficial (*infra* A)). Por su parte, la Asociación Profesional e Independiente de Fiscales (APIF) consideró que el trámite de dación de cuentas (art. 26 EOMF) activado por el ex Fiscal General fue irregular, dando lugar a prevaricación, entre otras razones, por no haberse documentado y motivado mínimamente (*infra* B)).

a. El uso de la cuenta personal de GMAIL

La Sala desecha en un párrafo la acusación de prevaricación por este hecho y acaba tildándola de «dislate». Debe compartirse la conclusión, pues es evidente que no estamos ante resolución administrativa alguna y la eventual irregularidad, en ningún caso, puede considerarse una desviación arbitraria y clamorosa que, por sí misma, haya lesionado o puesto en peligro el funcionamiento del Ministerio Público o los intereses del administrado afectado por la actuación del ex Fiscal General.

Ahora bien, el Tribunal manifiesta que no han detectado la violación de una norma imperativa al respecto, ni siquiera en el nivel más bajo de las fuentes del Ordenamiento Jurídico. En este sentido, en la sentencia se afirma que «tal actuación puede implicar no ser escrupulosamente fiel a una recomendación contenida en un protocolo interno; pero no constituye una ilegalidad». El Tribunal llega a identificarse con la actuación del ex Fiscal General: «...desde luego, valerse de un correo particular, por diversas razones –y las señaladas por el acusado en su declaración resultan sobradamente plausibles y fácilmente inteligibles para quienes trabajamos manejando junto a la cuenta o cuentas oficiales, otra privada (horario, más fácil accesibilidad, lugar desde el que se está operando, tipo de dispositivo...)– para asuntos laborales, aunque se acabe luego interactuando con ambas cuentas no es prevaricación».

No se puede si no discrepar respecto de la postura de la Sala en relación con este extremo. Que no exista una previsión legal que, de forma expresa, tipifique esta clase de actuaciones, no significa que sean conformes a Derecho. Cuesta creer que el uso del correo personal por parte de una autoridad pública en relación con asuntos propios del cargo, que tienen por objeto datos personales sensibles de un particular administrado, es conforme con los principios de minimización, de integridad y de confidencialidad de los datos, previstos en los arts. 5.1.c) y f) del Reglamento (UE) 2016/679, de protección de datos. En este sentido debe tenerse también en cuenta la Instrucción n.º 2/2019, de 20 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre la

protección de datos en el ámbito del Ministerio Fiscal: el responsable y el Delegado de Protección de Datos.

b. *La falta de documentación del trámite de dación de cuentas*

De entre las diversas irregularidades denunciadas por la APIF en relación con el trámite de dación de cuentas, al amparo del art. 26 EOMF, la Sala tan solo consideró merecedora de comentario la falta de documentación de la diligencia y, por consiguiente, la ausencia de una mínima motivación por escrito.

La tesis inculpativa se basa en el art. 36 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual:

«1. Los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos, a menos que su naturaleza exija otra forma más adecuada de expresión y constancia.

2. En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido».

La Sala descarta esta tesis aclarando que la dación de cuentas solicitada por el ex Fiscal General al Fiscal encargado del caso concreto no constituye una resolución administrativa, que por lo demás no se tradujo en ninguna instrucción al inferior jerárquico. Se trata, en su lugar, de un acto interno, como tantos otros (visado de escritos de acusación, p.e.) que no requieren documentación ni motivación expresa. De lo contrario, los integrantes del Ministerio Público se verían abocados, en palabras textuales de la Sala, a una «asfixiante burocratización que cancelaría toda agilidad en la formación de criterio del Ministerio Fiscal a proyectar en procedimientos o asuntos concretos».

A ello cabe añadir que la ausencia de documentación del trámite no significa que no estuviera motivado. Tampoco que la dación de cuentas no tuviera cobertura legal. Al contrario, no cabe duda de que, siendo el Sr. González Amador una persona estrechamente vinculada a una representante política con una amplia proyección pública a nivel nacional, su caso reúne la «importancia o trascendencia» que reclama el art. 26 EOMF. Por lo menos esta parece ser la opinión de la Sala segunda, que aquí se comparte.

Por lo demás, el Tribunal no olvida esgrimir un ulterior argumento tan recurrente en relación con el delito de prevaricación administrativa como pertinente: de ningún modo cabe considerar que, en el caso particular, la activación del trámite de dación de cuentas resultara patente y groseramente contradictoria con la legalidad vigente y, en especial, con el art. 26 EOMF. Lo mismo cabe decir del uso del correo electrónico personal en relación con asuntos propios del cargo.

2. Sobre el juicio de relevancia penal de la conducta en relación con el delito de revelación de secretos o informaciones del art. 417 CP

En el art. 417.1 CP se ordena sancionar penalmente a la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio y cargo y que no deban ser divulgados.

En el segundo párrafo del primer apartado (art. 417.1.II CP) se prevé una agravación para los supuestos en los que la revelación cause un grave daño para la causa pública o para un tercero.

En el apartado segundo (art. 417.2 CP) se añade un subtipo agravado para los casos en los que el secreto hace referencia a un particular («Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán...», reza el enunciado legal).

Con la incriminación de estas conductas se pretende preservar el *buen funcionamiento de la Administración Pública*. En el subtipo agravado del art. 417.2 CP, a la protección de este bien jurídico se añade la tutela de la *intimidad* de los particulares².

Así, el *objeto de las conductas* prohibidas en el art. 417.1 CP son secretos o informaciones relativas a cuestiones de interés público, como por ejemplo la seguridad y defensa del Estado. Se considera «secreto» aquella información calificada como tal «por una norma jurídica o mediante su declaración de conformidad al correspondiente procedimiento que permita atribuir dicha calificación» (STS 483/2022, Penal, de 18 de mayo [ECLI:ES:TS:2022:2033]). En este sentido constituye un ejemplo paradigmático la Ley n.º 9/1968, de secretos oficiales.

En cuanto a las «*informaciones que no deban ser divulgadas*», no existe una definición normativa al respecto, por lo que la Sala segunda reconoce que, a la hora de analizar si la información en cuestión merece relevancia penal, resulta «indispensable una ponderación, a la luz de los valores en juego, de los bienes jurídicos que podrían verse afectados o comprometidos si la información se propagara» (STS 483/2022, de 18 de mayo). La Sala ha concretado algunos criterios a tal efecto:

«Esta medición de la relevancia desde los fines de protección obliga a tomar en cuenta, entre otros, los *riesgos de ineficacia* que pueden derivarse de la divulgación indebida para el buen fin de una determinada actuación de particular relevancia, de *afectación de la confianza pública* en el buen funcionamiento de la Administración, de la *preservación de los principios de neutralidad, igualdad y objetividad* que deben determinar la actuación de los órganos administrativos -vid. SSTs 104/2022, de 9 de febrero, 810/2021, de 22 de octubre, 138/2019, de 13 de marzo, 180/2018, de 13 de abril- de *lesión de los derechos a la reputación y a la vida privada y familiar de terceros*».

En la medida en que se castiga con las mismas penas la revelación de los «secretos» y la de las «informaciones que no deben divulgarse», el Tribunal requiere que tales «informaciones» sean equiparables a los «secretos» en lo que a su carácter reservado se refiere. En este sentido es ilustrativo el siguiente fragmento de la STS 130/2024, Penal, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:924):

«En la STS 180/2018 de 13 de abril que, con cita de la STS 1114/2009, de 14 de noviembre, se incide en la necesidad de que la información cuya divulgación pueda ser castigada penalmente *deba ser equiparable a la del secreto, al menos en la condición de no divulgable*, "pues no en vano el legislador trata ambos objetos en pie de igualdad, lo que comporta la necesidad de no incriminar la mera infracción de un deber estatutario del funcionario público"» (cursiva añadida).

² TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Artículo 417», en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. V, 2015, pp. 267 s.

En cuanto a los «secretos de un particular», se exige que se trate de información de carácter íntimo³.

Es evidente que la información objeto de los hechos que aquí nos ocupan es merecedora de la protección penal conferida por el art. 417 CP. Claramente no se trata de un «secreto» relacionado con un interés general, pues no estamos ante información clasificada, pero no cabe duda de que se trata de información que no debe divulgarse y que, por su trascendencia para los derechos fundamentales a la defensa y a un proceso con todas las garantías del particular afectado —el Sr. González Amador— debe considerarse penalmente relevante. Estamos hablando, fundamentalmente, del contenido del mensaje de *correo electrónico enviado el 2 de febrero de 2024* por el abogado del Sr. González Amador al fiscal encargado de su expediente, reconociendo que su cliente había cometido dos delitos fiscales y manifestando su voluntad de alcanzar un acuerdo de conformidad, así como del contenido de la *nota de prensa* publicada por la Fiscalía Provincial de Madrid el día 14 de marzo de 2024, en la que se hacía referencia al contenido de dicho mensaje, así como a los detalles de la actuación del fiscal competente en el asunto hasta aquella fecha. Las consideraciones del sector mayoritario sobre este extremo se comparten íntegramente.

Lo que resulta más discutible es si tales contenidos deben encuadrarse bajo el concepto de «información que no debe divulgarse», objeto del tipo básico previsto en el art. 417.1 CP, o bien en el concepto de «secreto de un particular», objeto del subtipo agravado previsto en el art. 417.2 CP. Todas las acusaciones personadas imputaron la modalidad agravada del art. 417.2 CP (revelación de secretos de un particular), pero la Sala condenó por el delito previsto en el art. 417.1 CP. Sobre esta cuestión se volverá más adelante (*infra* 2.3.).

Por otra parte, parece incontestable, a pesar de la imputación efectuada por la APIF, ya comentada *supra* 1.3.b., que el ex Fiscal General *obtuvo la información* de forma legítima, al amparo del art. 26 EOMF, *en el ejercicio de* las facultades o en cumplimiento de los deberes inherentes a *su cargo*.

Luego los aspectos controvertidos del caso en materia de tipicidad penal son, aparte de la determinación de la concreta modalidad de revelación de secretos aplicable (417.1 o 417.2 – véase *infra* 2.3.):

- i) la eventual ausencia de una información merecedora de protección penal en la medida en que había sido *previamente publicada* en los medios de comunicación; y
- ii) las dudas sobre la *proporcionalidad* de una sanción penal, en la medida en que el desvalor de los hechos podría quedar suficientemente contrarrestado, en términos de retribución y/o de prevención general, con una sanción disciplinaria (art. 7.1.j) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado).

Ambas cuestiones se analizarán a continuación, por separado (*infra* 2.2 e *infra* 2.3., respectivamente).

³ Véase, por todos, POZUELO PÉREZ, «Capítulo 44. Delitos contra la Administración Pública», en MOLINA FERNÁNDEZ (coord.), *Memento Penal*, 2024, nm. 16705; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. V, 2015, pp. 272 ss.

2.1. La publicación previa de la información como motivo de atipicidad penal

En la sentencia aquí comentada se considera probado que el ex Fiscal General realizó dos actos de revelación penalmente típicos:

- i) la filtración, por sí mismo o a través de alguna persona de su entorno, del mensaje de correo electrónico de 2 de febrero de 2024 enviado por el abogado del Sr. González Amador al fiscal encargado de su expediente (la filtración habría tenido lugar antes del 14 de marzo de 2024); y
- ii) la publicación de la nota de prensa, el 14 de marzo de 2024, a nombre de la Fiscalía Provincial de Madrid, en la que se detallaba la actuación del abogado del Sr. González Amador y del Fiscal encargado del asunto, así como algunos pasajes de los mensajes de correo electrónico intercambiados entre ellos, entre los que se cuenta el de 2 de febrero de 2024.

El segundo hecho es incontrovertido. El ex Fiscal General del Estado asumió todas las responsabilidades sobre la nota de prensa. Aunque fue emitida por la Fiscalía Provincial de Madrid, reconoció haber sido él quien la concibió y quien dio las instrucciones y órdenes correspondientes para su publicación en los términos en los que se publicó.

El primer hecho, por el contrario, es controvertido. El ex Fiscal General lo niega y las dos magistradas firmantes del voto particular consideran que la prueba practicada en el juicio no fue suficientemente concluyente como para entender desvirtuado el derecho a la presunción de inocencia. Compartimos esta conclusión, aunque no sea el objeto de este comentario.

A continuación se valorará la posibilidad de subsumir estos hechos en el art. 417.1 CP, a la vista de las publicaciones aparecidas con anterioridad a la filtración del mensaje. En efecto, durante el 13 de marzo de 2024, el jefe de Gabinete de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, el Sr. Miguel Ángel Rodríguez, publicó varios mensajes en redes sociales en los que explicaba que la Fiscalía habría retirado el pacto de conformidad previamente ofrecido al Sr. González Amador. A las 21:29h de la noche, el diario El Mundo publicó una noticia en la misma línea sobre la base de las conversaciones mantenidas con el Sr. Rodríguez. Tras esta publicación, en torno a las 23:51 horas, la cadena SER publicó en su web una noticia sobre el particular, en la que se transcribía el contenido del correo electrónico de 2 de febrero de 2024.

a. La filtración del correo electrónico de 2 de febrero de 2024

En el supuesto de que se confirmara la sentencia aquí comentada –actualmente está pendiente de resolverse el incidente de nulidad promovido por la Fiscalía y la Abogacía del Estado– cabría preguntarse si las publicaciones previas sobre las conversaciones mantenidas entre la defensa del Sr. González Amador y el Fiscal encargado del asunto destruyen el carácter reservado de la información contenida en el mensaje de correo electrónico de 2 de febrero de 2024 y, por tanto, hacen decaer la relevancia penal de tal información.

Es razonable descartar la relevancia penal de un acto de revelación que tiene por objeto información previamente publicada y accesible al público. En este sentido se ha pronunciado la propia Sala de lo penal del Tribunal Supremo en resoluciones precedentes, como por ejemplo en el *ATS de 15 de diciembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:9991A)*:

«Es difícil hablar de secreto o de datos reservados en relación con episodios o incidencias (expediente disciplinario seguido) que han sido aireadas, difundidas y divulgadas por quien invoca esa "confidencialidad"».

Sucede, no obstante, que a diferencia de los hechos objeto de esta resolución, en el caso que aquí nos ocupa la información previamente divulgada fue difundida por persona distinta al afectado.

Aparte, los contenidos comunicados no eran precisos. Así, por ejemplo, no consta que en tales publicaciones se informara del expreso reconocimiento de la comisión de dos delitos fiscales por parte del Sr. González Amador, a pesar de que ello pudiera estar implícito en los contenidos publicados.

De ahí que la filtración del correo electrónico de 2 de febrero de 2024 enviado por el abogado del Sr. González Amador al Fiscal encargado del asunto constituya una información nueva, merecedora de protección penal, en la medida en que precisa y confirma, con un elevado grado de credibilidad (esto es, con una fuente de prueba documental consistente en un mensaje de correo electrónico), la previamente divulgada.

En consecuencia, en el supuesto de que, finalmente, se considere probado que el ex Fiscal General, o alguien de su entorno con su anuencia, filtró el mensaje, la subsunción del hecho en el tipo previsto en el art. 417.1 CP es correcta.

b. La publicación de la nota de prensa por la Fiscalía Provincial de Madrid el 14 de marzo de 2024

Más discutible resulta la relevancia penal de la nota de prensa de 14 de marzo a la vista de las publicaciones previas, incluida la filtración del mensaje de correo electrónico de 2 de febrero de 2024.

En efecto, como reconoce el sector mayoritario de la Sala en la sentencia aquí comentada, la información contenida en la nota de prensa no era nueva.

De hecho, la *Sala penal de admisiones del Tribunal Supremo*, integrada por algunos de los magistrados y magistradas que posteriormente integraron la sala de enjuiciamiento, concluyó en el *Auto de admisión a trámite* de las querellas contra el ex Fiscal General, *de 15 de octubre de 2024*, que, en relación con la nota de prensa, «aparentemente, no hay información indebidamente revelada, ante el conocimiento público de los hechos».

Conforme a este auto, la Sala acordó la instrucción de la causa en relación con la supuesta filtración del correo electrónico de 2 de febrero de 2024. La publicación de la nota de prensa no era objeto de investigación. Esta es, precisamente, una de las críticas vertidas por las dos magistradas firmantes del voto particular, que habrían hecho suya la Fiscalía y la Abogacía del Estado en sus incidentes de nulidad.

Ahora bien, en este punto se comparte con el sector mayoritario que la información contenida en la nota de prensa emitida por la Fiscalía Provincial de Madrid, y en la que se incluían pasajes de algunos de los correos electrónicos intercambiados entre el abogado del Sr. González Amador y el Fiscal encargado del asunto, tiene un especial valor informativo que la hace jurídicamente relevante. Este valor consiste en la cualificada capacidad de la Fiscalía para confirmar la información previamente publicada.

Si hasta el 14 de marzo de 2024 el público podía tener dudas sobre la veracidad de la información que estaba circulando, o sobre la realidad de determinados aspectos (¿quién tuvo la iniciativa? ¿si reconoció expresamente los hechos el Sr. González Amador? ¿en qué términos?), tras la publicación de la nota de prensa no cabía duda alguna al respecto, pues en esta se reproduce con minucioso detalle la interacción entre el abogado defensor del Sr. González Amador y la del Fiscal encargado del asunto.

En este caso el plus de credibilidad que aporta la nota de prensa de la Fiscalía tiene un doble fundamento. Por un lado, el hecho de que uno de los integrantes de la institución emisora de la nota, el Fiscal encargado del asunto, fue testigo directo de los hechos en cuestión, eso sí, bajo un riguroso deber de confidencialidad que se infringe con la publicación. Por otro lado, la especial virtualidad confirmatoria de la nota se basa en la presunción de veracidad, fáctica y normativa (art. 77.5 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por ejemplo), respecto de las manifestaciones formales que realice una autoridad o funcionario público en tal condición.

La conclusión podría ser distinta si las manifestaciones confirmatorias hubieran procedido de un familiar o amigo del Sr. González Amador, pues los particulares no cargan con un deber jurídico de veracidad (como sí ocurre con las autoridades y funcionarios públicos: véanse, entre otros, los arts. 390 a 395 CP) ni gozan, como contrapartida, de una presunción jurídica en tal sentido.

Luego, al margen de que se pueda considerar probada la filtración del mensaje de correo electrónico de 2 de febrero de 2024 por parte del ex Fiscal General o por parte de alguien de su entorno con su anuencia, la sola publicación de la nota de prensa el 14 de marzo, por sí misma, sería jurídicamente relevante y subsumible en el tipo penal previsto en el art. 417.1 CP con una interpretación estrictamente gramatical. La cuestión es si, desde una perspectiva sistemático-valorativa, atenta al principio de proporcionalidad, cabe concluir que el desvalor del hecho no alcanza el umbral de relevancia penal, quedando suficientemente contrarrestado con la sanción administrativa prevista para el ilícito administrativo que, de manera indudable, se habría cometido.

2.2. Dudas sobre la proporcionalidad de una sanción penal: la alternativa de la sanción disciplinaria

La lesión al prestigio de la institución derivada de la indebida revelación de información que no debe divulgarse es también sancionable por vía disciplinaria a través de lo previsto en el *Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado*. En su art. 7.1.j) se establece lo que sigue:

«1. Son faltas graves: ... j): no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en beneficio propio], siendo objeto, en tal caso, de la potestad sancionadora de la Administración».

En virtud de los principios de subsidiariedad, *ultima ratio* y fragmentariedad –todos ellos integrados en el más genérico principio de proporcionalidad, en sentido amplio– cabe preguntarse si, en este caso, el prestigio y la confianza de la ciudadanía en la institución del Ministerio Fiscal y sus integrantes podían ser restablecidos con una sanción disciplinaria, sin necesidad de recurrir al Derecho penal.

Las dos magistradas firmantes del voto particular abogan por esta alternativa, que se encuentra avalada por la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre el criterio de delimitación entre el injusto penal y el ilícito administrativo. Como se refleja en el siguiente fragmento de la *STS 130/2024, Penal, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:924)*, el principal criterio delimitador es la importancia de la información revelada según su *capacidad de afectación* de la causa pública o de los intereses del particular:

«En la STS1191/1999, de 13 de junio, que ha sido citada con posterioridad en numerosas sentencias, se decía que “nos encontramos, efectivamente, con un tipo penal abierto por imperativo de la realidad, toda vez que no resulta posible establecer casuísticamente en la norma los secretos e informaciones concretas cuya revelación integre la conducta típica. Por ello mismo, el quebrantamiento del deber de sigilo y discreción que se impone al funcionario público por el artículo

80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, constituirá una infracción administrativa o un ilícito penal según la relevancia del hecho, de suerte que cuando la infracción del deber funcional ocasione un *perjuicio* de menor entidad a la causa pública, la conducta permanecerá en el ámbito de la infracción administrativa”» (cursiva añadida).

A estas consideraciones deben añadirse las ya expuestas en relación con los criterios para determinar qué información no divulgada debe considerarse penalmente relevante. Tal y como ha manifestado la Sala segunda, con el visto bueno de la doctrina⁴, debe realizarse un juicio de relevancia, en el que se ponderen los valores e intereses en juego, a la hora de decidir si la información y la revelación concreta es penalmente relevante o solamente constitutiva de un ilícito administrativo.

No parece que la vía disciplinaria sea una solución aceptable para la filtración del correo de 2 de febrero (hecho i)). Si esta revelación se tuviera que considerar probada, el desvalor de esta conducta es de suficiente entidad como para merecer una respuesta penal, pues con ella se divulga un hecho que, hasta aquel momento, no se conocía y resulta decisivo para el ejercicio del derecho de defensa. A saber, el reconocimiento explícito y por escrito de haber cometido dos delitos fiscales.

Por el contrario, el desvalor de la publicación de la nota de prensa de 14 de marzo (hecho ii)) sí podría quedar suficientemente contrarrestado con una sanción disciplinaria. Por dos motivos, por lo menos. Primero, porque el contenido de la nota ya había sido previamente publicado. El desvalor del hecho enjuiciado en este caso no es comparable al de un supuesto paradigmático de revelación de secretos o informaciones que no deben divulgarse. Es significativamente menor.

Los casos paradigmáticos de revelación de secretos o informaciones que no deben divulgarse son, entre otros, los de agentes de la autoridad que informan a personas investigadas de una determinada *operación policial* en su contra, poniendo en peligro el éxito de la actuación (SSTS 104/2022, Penal, de 9 de febrero [ECLI:ES:TS:2022:403]; 810/2021, Penal, de 22 de octubre [ECLI:ES:TS:2021:3858]). En este tipo de casos se suele condenar por el tipo básico del art. 417.1 CP. Cuando la operación se frustra o se dificulta notablemente, se condena por el subtipo agravado (art. 417.2 CP).

Más allá del revuelo mediático y político derivado de la publicación de la nota de prensa, lo cierto es que el procedimiento penal seguido contra el Sr. González Amador no se ha visto afectado por la publicación de la nota de prensa, cuyo contenido ya era público antes de su difusión. Tampoco sus derechos de defensa y a la presunción de inocencia se han visto significativamente menoscabados por la nota de prensa. Su eventual merma se habría producido, en todo caso, por la publicación de la información divulgada previamente por el Sr. Miguel Ángel Rodríguez y por la filtración del mensaje de correo electrónico de 2 de febrero.

En segundo lugar, la vía disciplinaria habría sido suficiente en relación con la publicación de la nota de prensa porque la actuación del ex Fiscal General se enmarcaba en el ejercicio de un derecho - cumplimiento de un deber (art. 4.5 EOMF) de informar a la ciudadanía sobre la correcta actuación del Ministerio Público. Como es sabido, la mendaz información difundida por el Sr. Miguel Ángel Rodríguez dio lugar a un debate público en el que se ponía en cuestión la corrección de la actuación del Ministerio Público en el expediente del Sr. González Amador. Independientemente de si el ejercicio de este derecho-deber de información por el ex Fiscal General fue adecuado o no, lo que es innegable es que la información divulgada por el Sr. Miguel Ángel Rodríguez atentaba contra el prestigio y confianza de los ciudadanos en el Ministerio Fiscal

⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, «Artículo 417», en CUERDA ARNAU (dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. II, 2.ª ed., 2025, pp. 2640 ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, en GÓMEZ TOMILLO (dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. V, 2015, pp. 268 ss.

como institución, lo cual precisaba de una acción que reparara el daño causado. La concurrencia de esta necesidad reparadora, que con poca fortuna trató de cubrir el ex Fiscal General con la nota de prensa, reduce significativamente el desvalor de su conducta y permite afirmar que, con la vía disciplinaria, habría sido suficiente para restablecer la vigencia de las normas de confidencialidad infringidas y la confianza de los ciudadanos en la institución.

El sector mayoritario esgrime que la vía disciplinaria no era transitable dado que, conforme a la normativa aplicable, el Fiscal General queda fuera del régimen disciplinario. No obstante, como bien sostienen las magistradas que suscriben el voto particular, esta criticable decisión legislativa no puede ser motivo para convertir en penalmente relevante lo que, desde un punto de vista valorativo, no supera el umbral de relevancia penal.

Por lo demás, no parece que la condena penal del ex Fiscal General haya contribuido al restablecimiento de la confianza en las instituciones públicas afectadas, sino más bien al contrario. El daño al bien jurídico que se pretende proteger con el tipo previsto en el art. 417 Cp se ha visto aún más agravado.

2.3. Determinación de la concreta modalidad típica aplicable: 417.1 vs. 417.2 CP

Como se ha dicho, todas las acusaciones presentes calificaron los hechos como constitutivos de un delito de revelación de secretos de un particular, de acuerdo con lo previsto en la modalidad agravada del art. 417.2 CP. En cambio, la Sala condenó al ex Fiscal General por el tipo básico del art. 417.1 CP.

La calificación es correcta tanto en relación con la filtración del mensaje de 2 de febrero (hecho i)), como en relación con la publicación de la nota de prensa de 14 de marzo (hecho ii)). La publicación previa desde el entorno del Sr. González Amador, con su anuencia, de informaciones en el sentido de que se estaban manteniendo conversaciones con Fiscalía para alcanzar un acuerdo de conformidad, dándose asimismo a entender que la voluntad del administrado era acogerse a un acuerdo de esta naturaleza, permiten descartar una expectativa legítima de protección penal del Sr. González Amador respecto de este ámbito de su intimidad. Luego no procede condenar por la modalidad agravada del art. 417.2 CP, en la que el plus de penalidad responde a la afectación de la intimidad del particular, además del menoscabo al buen funcionamiento de la Administración Pública.

En efecto, el desvalor de los hechos imputados al ex Fiscal General consiste, fundamentalmente, en el desprestigio del Ministerio Fiscal como institución pública, así como en el menoscabo de la confianza de la ciudadanía en la misma y en sus representantes.

Por cierto, aunque la subsunción del hecho en el tipo básico del art. 417.1 CP es más favorable en lo que se refiere a la privación de libertad, pues esta modalidad se castiga con una multa en lugar de la pena de prisión, resulta más grave en lo que se refiere al ejercicio del cargo público, pues el tipo básico se sanciona con la inhabilitación especial, mientras que el agravado (417.2 CP) con la suspensión. Es dudoso que la diferencia esté justificada y sea valorativamente coherente.

3. Consideraciones sobre la posible justificación de la conducta

El sector mayoritario de la Sala descarta que las conductas atribuidas al ex Fiscal General estén justificadas en virtud del *ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber* (art. 20.7 CP).

Debe compartirse dicha conclusión, por cuanto parece evidente que, aun siendo cierto que existía la necesidad de preservar la honorabilidad de la institución ante las noticias falsas que estaban apareciendo, no lo es menos que el medio empleado a tal efecto no fue el más adecuado, existiendo alternativas más respetuosas con el deber de confidencialidad que pesa sobre los integrantes del Ministerio Fiscal.

Las mendaces informaciones difundidas por el Sr. Miguel Ángel Rodríguez podían desmentirse con un comunicado mucho más escueto, sin necesidad de transcribir mensaje de correo alguno ni de hacer referencia al expreso reconocimiento de la comisión de dos delitos fiscales por parte del ciudadano afectado⁵. La presunción fáctica y normativa de veracidad de la que gozan las manifestaciones formales de autoridades públicas como el Ministerio Fiscal permite desmentir meros bulos informativos en pocas líneas.

Por lo demás, la referencia a la *justificación de Whistleblowing* (véase la STEDH, Gran Sala, de 14 de febrero de 2023, caso *Halet c. Luxemburgo*) en el voto particular resulta del todo improcedente. Equiparar la posición de un Fiscal General del Estado frente a las declaraciones de un particular a la situación en la que se encuentra un delator persona física frente a un empleador que representa su principal fuente de ingresos y dispone de muchos más recursos que él no tiene mucho sentido. Por lo demás, el interés público en conocer cuál había sido la verdadera actuación de la Fiscalía en el asunto en cuestión podía satisfacerse sin necesidad de vulnerar el deber de confidencialidad. Aparte, la confianza de la ciudadanía en la institución del Ministerio Público no se había menoscabado tanto como para poner en peligro su capacidad de funcionar con normalidad en el corto y medio plazo. El desmentido, si acaso requería entrar en mayores detalles, podía esperar a la terminación del proceso penal contra el Sr. González Amador.

4. Razones para excluir o aminorar la culpabilidad

Aunque, por el contenido de la sentencia, no parece que ni la Fiscalía ni la Abogacía del Estado alegaran, subsidiariamente, la pertinencia de apreciar un error de prohibición en el comportamiento del ex Fiscal General, hay varias razones para entender razonable la aplicación del art. 14.3 CP en relación con la publicación de la nota de prensa. No así en relación con la filtración del correo de 2 de febrero.

En varios precedentes de la Sala segunda se habían considerado penalmente atípicas revelaciones de informaciones previamente publicadas o aireadas por el propio afectado (*ATS de 15 de diciembre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:9991A]*). Casualmente, una de las más recientes resoluciones de la Sala en este sentido, el *Auto de 21 de noviembre de 2024 en la causa especial 20531/2024*, hacía referencia, precisamente, a la revelación de una ministra del actual gobierno sobre el expediente administrativo-sancionador tramitado por la AEAT contra el Sr. González Amador. El expediente tenía por objeto los hechos que luego dieron lugar a la denuncia interpuesta por el Fiscal en el asunto que aquí nos ocupa.

Aún más importante es el hecho de que la misma Sala penal de admisiones del Tribunal Supremo, en el momento de valorar la admisibilidad de las querellas interpuestas contra el ex Fiscal General, concluyó que la publicación de la nota de prensa no era penalmente típica. En el *Auto de 15 de octubre 2024* cabe leer lo siguiente en relación con la nota de prensa: «aparentemente, no hay información indebidamente revelada, ante el conocimiento público de los hechos». El

⁵ El ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber, para tener efectos como causa de justificación penal, debe respetar los principios de necesidad y proporcionalidad: véase, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, 2025, 21/20 ss., pp. 1531 ss.

auto fue suscrito por cinco magistrados, de los cuales cuatro integraron posteriormente la sala de enjuiciamiento en el asunto que aquí nos ocupa.

A ello debe sumarse, obviamente, el voto particular de las dos magistradas que se han desmarcado del sector mayoritario de la Sala.

Por todo ello es razonable pensar que el ex Fiscal dio por supuesto que la publicación de la nota de prensa no era de ninguna manera antijurídica, en la medida en que su contenido ya había sido previamente divulgado en los medios de comunicación.

Si el error fue vencible o invencible lo dejamos para otras contribuciones. Al igual que la posibilidad de entender que, incluso, cabría hablar de un error de tipo (art. 14.1 CP), teniendo en cuenta la innegable existencia de una compleja zona gris entre estas dos instituciones dogmáticas⁶.

5. Conclusiones

La publicación de la nota de prensa de 14 de marzo, por sí sola, es antijurídica y subsumible, desde una perspectiva estrictamente gramatical, en el tipo penal previsto en el art. 417.1 CP. La presunción de veracidad fáctica y normativa de la que gozan las manifestaciones formales de una autoridad pública como los integrantes del Ministerio Fiscal confieren un valor confirmatorio a la información publicada previamente, despejando las dudas a aquellos que pudieran desconfiar del carácter verídico de lo publicado hasta el momento antes de la difusión de la nota de prensa de la Fiscalía Provincial de Madrid. Esta virtualidad confirmatoria es jurídicamente relevante por su capacidad de afectación al prestigio de la institución del Ministerio Público, así como, en menor medida, por su capacidad de afectar los derechos del particular interesado.

En consecuencia, el sector mayoritario de la Sala segunda del Tribunal Supremo podría haber declarado la antijuricidad de la conducta sin necesidad de sacrificar el derecho fundamental a la presunción de inocencia al declarar probado que el mensaje de correo electrónico de 2 de febrero de 2024, enviado por el abogado del Sr. González Amador al Fiscal encargado del asunto reconociendo la comisión de dos delitos fiscales, fue filtrado por el ex Fiscal General o por alguien de su entorno con su anuencia. La prueba practicada durante el juicio oral no permita sustentar tal conclusión.

Pese a que la publicación de la nota de prensa sea gramaticalmente subsumible en el tipo del art. 417.1 CP, hay buenas razones para entender que, dada la escasa capacidad de afectación del comunicado a la causa pública o a los derechos del particular afectado, pues la información ya había sido previamente publicada, el desvalor del hecho queda suficientemente cubierto con una sanción disciplinaria. Que el régimen disciplinario vigente no permita sancionar al Fiscal General del Estado no puede convertir en penalmente relevante un hecho que cabe dejar extramuros del Derecho penal en virtud del principio de proporcionalidad. Por lo demás, la condena penal al ex Fiscal General no parece haber contribuido al restablecimiento de la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, sino más bien lo contrario.

A mayor abundamiento, si bien la actuación del ex Fiscal General no puede considerarse justificada en el ejercicio legítimo de un derecho o en el cumplimiento de un deber (art. 20.7 CP en relación con el art. 4.5 EOMF), existen buenas razones para apreciar la existencia de un error de prohibición (art. 14.3 CP) en la conducta del fiscal. El fundamentado voto particular de dos magistradas negando la tipicidad de la conducta habla a favor de ello. Pero, aún más destacable

⁶ Por todos véase SILVA SÁNCHEZ, *PG*, 2025, 25/26 ss., p. 1817 ss.

resulta la postura mantenida por la Sala penal de admisiones del Tribunal Supremo en su Auto de 15/10/2024, en el que se admitieron a trámite las querellas interpuestas contra el ex Fiscal General. En esta resolución, cinco magistrados de la Sala concluyeron que la publicación de la nota de prensa no era, a priori, constitutiva de una revelación subsumible en alguno de los tipos del art. 417 CP. Ciertamente, puede parecer extraño contemplar la posibilidad de que un Fiscal General incurra en un error de prohibición, pero las contradicciones de la propia Sala segunda sobre el particular hacen que resulte razonable, como mínimo, plantearlo.

Recensiones:

Recensión a Javier CIGÜELA SOLA, *Los medios del derecho penal. Política, castigo y discurso penal en la era digital*, Trotta, Madrid, 2025, 429 páginas, por Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

Recensión a Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, 374 páginas, por Sergio PÉREZ GONZÁLEZ

Recensión a JOACHIM RENZIKOWSKI, *Norma e imputación*, Editorial Atelier, Barcelona, 2024, 306 páginas, por Rodrigo GUERRA

-

Javier Cigüela Sola, Los medios del derecho penal. Política, castigo y discurso penal en la era digital, Trotta, Madrid, 2025, 429 páginas

Pablo Sánchez-Ostiz
Universidad de Navarra
pablosostiz@unav.es

-

Esta nueva monografía que nos brinda CIGÜELA es una obra poco común. Ciertamente, por la amplitud del tema, su contenido y su enfoque, estamos ante una publicación que no es habitual encontrar. Y no lo es, por la amplitud del tema, pues aborda cómo la respuesta penal se ha visto modulada desde sus orígenes por los medios de transmisión del conocimiento en la sociedad. No lo es tampoco por su contenido, descriptivo de cómo ha evolucionado la comunicación y el castigo desde la antigüedad hasta el presente y lo que podrá depararnos el futuro. Y tampoco lo es por el enfoque adoptado, que articula la dogmática y la política penales con la teoría de la comunicación y de los medios. El propósito del autor es describir la situación en la que nos hallamos, pues «están pasando algunas cosas novedosas e incluso disruptivas» (p. 15), y en buena medida pueden ser reconstruidas y comprendidas desde un análisis mediático-cultural (§ 4); con otras palabras, se trata de ver «cómo la cultura digital modifica nuestra forma de producir sentido en el campo normativo» (§ 76). Partiendo de que acerca de la comprensión de la mutua conexión entre derecho y medios («los medios del derecho penal») «es poco lo que sabemos», el autor aspira a «proporcionar algunas bases sobre las que avanzar». Se trata de «una tarea ingente que debe movilizar esfuerzos colectivos y una combinación de métodos que nos es poco familiar» (§ 134, cfr. también § 98).

El libro se halla distribuido en tres partes: una primera, sobre el método seguido, con dos capítulos. Después, la descripción de la evolución del castigo, con cuatro capítulos. Y, finalmente, la parte más directamente de penal, distribuida en tres capítulos que son una amplia reflexión sobre cómo la era digital, en la que hemos entrado y nos hallamos plenamente inmersos, modula la política, la cultura del castigo y el discurso penal. El texto se distribuye en 135 párrafos (§), de extensión variada y numeración continua, que ayudan en la lectura y las remisiones internas.

En la parte I se anuncia el *método* empleado, que es ante todo descriptivo. Para ello, se expone el papel del derecho penal en el contexto de la teoría de medios, el análisis cultural y la sociología (cap. I.1), pues entiende que la complejidad de los órdenes normativos «solo se puede estudiar desde la confluencia del derecho con otras ciencias sociales y humanas» (§ 2). Sin duda, el «ecosistema mediático» influye en los instrumentos penales, así como en la producción de las fuentes del derecho y de la ciencia del derecho. Sigue después una exposición de los conceptos fundamentales para construir una «teoría medial del derecho penal» (cap. I.2), esto es, para desvelar cuáles son los mensajes que portan los medios. Su método es declaradamente más exploratorio que sistemático (§§ 9, 130), más descriptivo que normativo (§ 9). Más que un estudio histórico-sistemático en sentido estricto, aspira a explorar el «modo en que la evolución mediática condiciona las formas culturales que adopta el derecho» (§ 13).

La parte II describe la *evolución* de la justicia penal desde sus orígenes a la actualidad, en cuatro etapas y otros tantos capítulos. Comienza con la etapa marcada por la *oralidad* de las sociedades antiguas (cap. II.1), en las que la justicia (todavía carente del sentido que luego se le daría: § 27) se adaptaba con flexibilidad a los problemas del entorno; un fenómeno que, por cierto, no está lejos de algunas prácticas que han reaparecido en la sociedad digital del presente (§ 14). Sigue después la etapa en la que la *escritura* (cap. II.2) se mostraba como instrumento del poder en manos de una élite («carácter exclusivo de la gestión de la normatividad»: § 36), y condujo a la «sacralización del texto jurídico» (§ 41); esto hizo posible que el documento escrito y el procedimiento sustituyeran al juramento, propio en cambio de la etapa de la oralidad (§ 46). Si en la primera etapa el referente es Homero, en la segunda lo será Platón. A continuación, la revolución que trajo la *impresión* (cap. II.3), la cual alteró tantos aspectos de la vida social (§ 48), pues «supuso la apertura de la participación en la conversación social» (§ 52), e hizo posible la automatización, masificación y despersonalización de la comunicación, y que en derecho se plasmó en aspiraciones de uniformidad, estandarización y sistematicidad normativas (§ 54), así como en la racionalidad que asociamos a la codificación (§ 64). La impresión hizo saltar al derecho «fuera del control de los exclusivistas círculos del manuscrito» para transformar radicalmente el modo de hacer justicia (§ 65). Continúa con la etapa de los medios *eléctricos y digitales* (cap. II.4), que es donde nos encontramos, si bien con un ritmo de evolución estrepitosa. El espacio audiovisual y el mundo digital están modificando –han modificado ya, en gran medida– el modo de hacer justicia (§ 79) y entender el derecho (§ 69), el cual parece que todavía «está en proceso de aprender a operar en el espacio simbólico fragmentario, heterárquico e hipercultural de internet» (§ 76).

Una vez expuesta esa evolución, en la parte III se expone cómo la etapa digital del presente está marcando la «cultura penal», y lo está haciendo de manera «mucho mayor de la que tradicionalmente le ha reconocido la teoría penal» (§ 81). El autor lo expone desde el concepto de *crisis*, entendida como cambio drástico, profundo y nuclear en los elementos que conforman la cultura penal. Primero, se analizan las disrupciones que los nuevos marcos televisivo y el digital han supuesto para el ejercicio de la esfera pública deliberativa (cap. III.1); en su opinión, «buena parte de la crisis política que atraviesa el derecho penal desde los años ochenta –aunque incubada ya antes– se explica por el modo en que el medio televisivo y más recientemente el digital están reconfigurando la esfera pública del debate» (§ 82), pero esa crisis es de más largo alcance, pues se refiere a las condiciones culturales en las que actúan los medios (§ 84). En consecuencia, ese espacio deliberativo (fragmentado, polarizado, dominado por el afán de espectáculo y entretenimiento...) produce una notoria simplificación del discurso público y del debate penal, e incluso hace que estos se vuelvan incívicos (§ 86). Se ha creado así el clímax perfecto para que el punitivismo crezca y campe a sus anchas: en buena medida este ha surgido al amparo de los medios televisivos, que lo han fomentado (§ 89), para luego desarrollarse exponencialmente con los medios digitales (§ 90). Los casos que emplea el autor para evidenciar su argumento son elocuentes (§ 93-95). A fin de cuentas, lo que consideramos crisis política del derecho penal es otra forma de referirse al distanciamiento que se da entre el ideal del que partimos sobre el debate público –quizás, una ilusión– y la palmaria realidad, marcada por «patologías» que los medios televisivos y digitales han propiciado y asentado (§ 96).

A continuación, se expone cómo el ecosistema audiovisual de la «era digital» está modificando radicalmente el orden simbólico del castigo (cap. III.2), lo cual afecta al proceso judicial, que se dirige ahora hacia la audiencia, cuando no se torna en espectáculo; como afecta también al surgimiento y desarrollo de medios alternativos informales de hacer justicia, que proliferan y se van asentando. En efecto, la moderna noción del castigo está siendo sometida a

transformaciones vinculadas a la cultura digital. Frente a las lógicas clásicas vinculadas a las instituciones y la legalidad formal, ha emergido un nuevo modo de entender el castigo que entra en disputa con aquellas. Como los medios influyen de hecho, estamos cambiando nuestro modo de percibir y comprender los instrumentos de hacer justicia y aplicar castigos. Junto a otros factores, la evolución en las sensibilidades sociales (§ 103) y la burocratización del castigo (§ 104) han facilitado el cambio. Y así, el espacio audiovisual traslada el castigo al ámbito del espectáculo ante una audiencia a la que hay que atraer y no perder (§ 106). De este modo, gracias a los medios televisivos, surge un nuevo espacio simbólico para el castigo, que ha hecho posible no solo la publicidad de los conflictos, sino también la mediatización de algunos juicios, e incluso la intervención del público a través de las redes («justicia memética»: § 110). Según expone, la red opera con una lógica imparable y modifica el sentido del estigma social asociado al castigo (§ 112). De nuevo, las evidencias que el autor aporta (aquí, la evolución en el modo de transmisión de los procesos de Núremberg, Eichmann y otros más actuales) confirman su diagnóstico. Dichas mutaciones vienen potenciadas por la irrupción de los instrumentos algorítmicos, en los que se confía como si fueran oráculos de la verdad, y por la difusión de una cultura de hipervigilancia en manos de una «multitud enjambrada» que no perdona a quienes considera sus objetivos (§ 116, 118). El autor constata cómo estos avances tecnológicos han traído al presente prácticas y modos de justicia propios de etapas anteriores (§ 121).

Finalmente (cap. III.3), los nuevos medios han de influir –como era de esperar– también en la producción legislativa, así como en la producción científica y académica de los penalistas. También en estos dos ámbitos se parte de la situación de crisis en la que se hallan. Plantea CIGÜELA que fenómenos actuales como la hiperlegislación guarde relación con alguna tendencia cultural vinculada al devenir de los entornos mediáticos (§ 125-130). En su opinión, esto explica la aceleración de los ritmos de aprobación de leyes; los cambios de concepción en materia de prescripción (§ 127, que constituye, por cierto, una magnífica descripción sumamente ilustrativa); la aparición, a la hora de definir los injustos típicos, de conceptos como los climas o las identidades, que se van alejando de postulados asumidos hasta ahora como la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad personal (§ 128). La situación genera que el derecho, vinculado a fuentes e instrumentos clásicos conocidos, está mutando hacia un conjunto de soluciones para problemas, con la ayuda de la tecnología (§ 125), en la cual la justicia algorítmica parece abrirse paso y encontrar acomodo en un contexto de derecho «desjudicializado» (§ 129). También se describe cómo ha influido el entorno mediático en la producción académica (§ 131-135), lo cual se manifiesta en cierta hiperproducción de publicaciones; la pérdida de sentido de conceptos clásicos como las escuelas; o la disolución de estilos clásicos de ciertas obras, sustituidas por contenidos indexados online. Y todo ello, sin pasar por alto su influjo en el modo de enseñanza del derecho en las facultades universitarias (§ 132), tema que directamente también nos concierne.

Con un estilo personal propio, el autor recurre a densas expresiones cargadas de gran contenido, neologismo propios o asumidos, metáforas y tropos de profunda expresividad, que dejan huella en el lector e invitan a la reflexión. Por destacar solo algunas: «giro medial» (§ 3), «reacciones digitalmente mediadas» (§ 90), «telegénica» (§ 91), «ubicuidad de lo penal» (§ 96), «excedente de empatía» (§ 103), «encarnizamiento visual» (§ 109), «justicia memética» (§ 110), «vigilantismo digital» (§ 114), «avatarización del infractor» (§ 115), «multitud enjambrada» (§ 118), «giro comunicativo» (§ 134). Todo ello, en fin, contribuye a que la lectura sea reflexiva, suscite nuevas ideas y temas, e incluso se torne apasionante. Por eso, aunque el índice analítico final permita una lectura tópica, me parece idóneo leer la obra completamente siguiendo el ritmo de la exposición.

La bibliografía empleada es amplísima, en español como también en alemán e inglés, tanto del derecho y la filosofía, como de la teoría de la comunicación y de los medios, así como de la sociología. Y todo ello, sobre todo en la parte III, salpicado con referencias a productos audiovisuales, contenidos de blogs, etc. que vienen a ser una evidencia adicional de sus tesis sobre la progresiva y agresiva «mediatización» del derecho penal a la que asistimos. Se trata de una obra que permite entrever un ingente trabajo de documentación, lectura y reflexión, sobre todo mucha reflexión, para establecer las conexiones entre factores que parecerían extraños entre sí.

La lectura de esta obra no deja indiferente. En buena medida el lector se siente concernido, implicado, y a veces atrapado en los escenarios descritos por el autor. Allí se convoca a los agentes legiferantes, los productores de imágenes, los creadores de opinión, como también a los docentes e investigadores. Nadie que intervenga de alguna manera en los nuevos medios del derecho penal queda al margen. Precisamente por esto, expreso a continuación alguna breve reflexión.

En primer lugar, cabe insistir en el carácter poco usual, o incluso no convencional, de esta obra. Se trata de una virtud de esta investigación: CIGÜELA ha puesto el foco sobre un aspecto de la realidad punitiva en nuestras sociedades que posiblemente estaba menos trabajado por nuestra parte. Y lo ha hecho con rigor, profundidad y amplitud. Por eso, ayuda a caer en la cuenta de conexiones entre fenómenos penales y mediáticos, y comprender lo que está sucediendo. Es de agradecer al autor su opción y su empeño. Y me parece que su objetivo proclamado (§ 4) de trazar una explicación de los fenómenos en el contexto mediático-cultural se ha logrado.

A mi modo de ver, en segundo lugar, la lectura del libro puede provocar cierta desazón o intranquilidad por el panorama descrito. A la vista de lo expuesto, lo que parece esperarnos no es precisamente un mejor derecho penal sino *más* derecho penal; más simbólico, pero no menos intrusivo en la vida de las personas, pues queda constancia de que resulta difícil, si no imposible, acotar los límites de las reacciones mediáticas. En este sentido, en la estructura del libro estimo que sería útil contar con una parte final a modo de epílogo que sirviera como «rearme» o reacción frente a la situación de desamparo en que nos deja su descripción. A pesar de que algunos de los epígrafes finales (§§ 129 y 130) parecen culminar la obra, no llegan a cumplir esa función de cierre del tema. Más que de una crítica, se trata de una sugerencia al autor, y una alerta al lector sobre la crudeza del panorama descrito y de lo que está por venir.

También, en tercer lugar, una observación sobre el método. En concreto, en cuanto al carácter descriptivo de su planteamiento, me suscita alguna duda la pretendida aspiración de proceder con asepsia y neutralidad. Si bien la perspectiva adoptada por el autor es descriptiva (§ 135) de la situación en la que se encuentra el Derecho penal y su doctrina –en la que nos encontramos–, no dejan de entremezclarse algunos pasajes que son críticos y propositivos, es decir, normativos. Ciertamente, el autor narra y describe lo que ha sucedido en el pasado y lo que está sucediendo en nuestras sociedades en la cultura digital –*mediadas por los medios*, se podría decir–, pero resulta difícil sustraerse a una visión crítico-normativa. En algunos pasajes, aparece esa visión crítica del autor (por ejemplo, en § 84, cuando se refiere a la pretendida calidad del discurso deliberativo; o en § 97, a propósito del punitivismo). Y me parece razonable, pues nos cuesta asistir como pasivos espectadores a la descripción desoladora de instrumentos penales que con tanto esfuerzo se han logrado en nuestras culturas: la fortaleza de la idea de legalidad, las exigencias de la culpabilidad, el baluarte de la dignidad y la intimidad de las personas..., son logros civilizatorios que, aunque estén recibiendo los embates de corrientes desformalizadas y

despersonalizadas, no convendría relativizar. Uno de los problemas que percibo en la adopción de una visión meramente descriptiva es que la técnica y lo tecnológico imponen su lógica, a modo de «fuerza normativa de lo técnico», y que no deberían dejarnos deslumbrar. Entiendo que no es esa la visión del autor, que sobre todo describe, y describe en profundidad. Pero el riesgo existe.

Finalmente, en cuarto lugar, pienso que el diagnóstico que traza sobre la producción académica y la enseñanza del derecho penal no debería dejarnos indiferentes. Aun a riesgo de parecer nostálgico, me resisto a claudicar ante una corriente de tecnificación del derecho y de la investigación jurídica que diluya el contenido de nuestra actividad. Pienso que tenemos todavía mucho que decir y enseñar, pero siempre que seamos capaces de plantear la investigación y la docencia de manera diversa a lo que «hacen» las máquinas. Y eso exige centrarnos en lo propiamente prudencial de la actividad jurídica y judicial.

En fin, la nueva obra que nos presenta CIGÜELA aspiraba a ser un «intento de comprender el presente y el futuro de la justicia penal» (§ 14), y hay que reconocerle el mérito de haberlo logrado. Y además lo ha logrado aportando una buena dosis de información, originalidad y fundamento. Lo que queda por ver es cuál y cómo será ese futuro, pero eso tendrán que decirlo los penalistas, inmersos como estamos en medio de un ecosistema que ya está aquí, desde hace tiempo, condicionando nuestro modo de aproximarnos y resolver los problemas sociales a los que nos dedicamos.

Carlos Gómez-Jara Díez, *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura, Aranzadi La Ley, Madrid, 2025, 374 páginas*

Sergio Pérez González
Universidad de La Rioja
sergio.perezg@unirioja.es

-

En esta ya tercera edición de *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ continúa el recorrido de hitos jurisprudenciales con los que el Tribunal Supremo está guiando el proceso de sedimentación dogmática a propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En la recensión que sigue, sin embargo, pretendemos obviar en parte la secuenciación temporal de los avances y sus correlaciones para reseñar brevemente la sistemática ordenada del resultado. Pretendemos, digamos, que la glosa al libro no ponga el foco tanto en la genealogía como en el producto (aún inacabado, siempre inacabado), que es, sin duda, la referencia práctica para venideras resoluciones informadas o debates doctrinales. Porque tras *el inicio de una larga andadura*, que subtitula el autor, ya se adivinan los contornos de una cerrazón dogmática con pretensiones de durabilidad, como toda dogmática.

Como es sabido, la introducción en 2010 del artículo 31bis CP supuso un desafío de adaptación a (y de; el cambio de preposición será la base crítica de nuestra recensión) las nociones nucleares penales, que durante décadas o aun siglos habían encontrado estabilidad sobre los cimientos de cierto humanismo. Los escenarios delictivos empresariales, donde el humano queda velado, ofuscaban, entonces, el funcionamiento de los principios, las garantías, las categorías de la teoría del delito o las modalidades de autoría. GÓMEZ-JARA, podemos decirlo de este modo, nos muestra la labor de *desofuscación* –por usar una expresión informática que evoca la apertura de funcionalidades sin abandonar el código original– que el Tribunal Supremo ha desarrollado en estos tres lustros.

Así, del libro de GÓMEZ-JARA puede inferirse, a ojos de esta recensión, una cartografía dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que desborda la mera sucesión de hitos jurisprudenciales y apunta ya, con ambición sistemática, hacia un encaje del art. 31 bis CP en los fundamentos penales, que en la maniobra también se están viendo modulados. El Tribunal Supremo –observado a través de GÓMEZ-JARA y desde la parte creativa de este comentario– articularía esa adaptación en tres vectores que se entrelazan: principios y garantías (de responsabilidad subjetiva, presunción de inocencia, proporcionalidad y prohibición de retroactividad), tipo de injusto complejo (hecho base del agente humano, conexión funcional y defecto estructural), y culpabilidad (imputabilidad empresarial). Lo que sigue es una breve narración ordenada de esos ejes a partir de las síntesis del autor.

En materia de principios y garantías, la doctrina del Tribunal Supremo parece ya apostada sólidamente sobre el principio de responsabilidad subjetiva y, por tanto, sobre la autonomía del reproche corporativo. Así, el sistema español ha transitado desde la heterorresponsabilidad

vicaria hacia la autorresponsabilidad. O lo que es lo mismo, desde la imputación por reflejo, vinculada a hechos de agentes individuales, hacia la imputación normativa del «defecto de organización». Y desde la presencia meramente formal de la persona jurídica en el proceso hacia el reconocimiento de un actor corporativo dotado de capacidad real de ser sujeto del injusto penal. De este modo, la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede ser una consecuencia automática de la ajena, ni una traslación acrítica del hecho del individuo; exige, sin embargo, responsabilidad por el hecho propio y, por tanto, un fundamento autónomo del reproche corporativo (pp. 69 y ss.; 80 y ss.). La entidad, así, no responde por beneficiaria, sino por el déficit normativamente relevante de su organización.

El desplazamiento doctrinal hacia la subjetividad corporativa se hace, además, en el marco de las garantías correspondientes y, por tanto, en el marco de la presunción de inocencia de la persona jurídica (pp. 73 y ss.; 118 y ss.). Este principio opera procesalmente, ya que «las garantías procesales que asisten a las personas jurídicas en el proceso penal son exactamente las mismas que las de las personas físicas» (p. 119); en concreto, opera sobre un objeto probatorio propio: el módulo organizativo de la empresa. No basta, por tanto, con arrastrar el resultado del proceso seguido frente a la persona física; y al revés: «la presunción de inocencia respecto de la persona física no comporta, automáticamente, la ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica» (p. 76). Esta autonomía se traduce en consecuencias muy concretas: la acusación ha de construir un relato fáctico corporativo y acompañarlo de prueba específica sobre el defecto estructural del modelo de organización y gestión que la empresa tenía el deber de implementar (pp. 129 y ss.). Sin ese núcleo organizativo acreditado, la presunción no queda desvirtuada. De ahí la insistencia en que «la imputación (...) debe centrarse en los elementos organizativo-estructurales (...) con influencia decisiva en la relajación de los sistemas preventivos» (p. 143).

El Tribunal Supremo integra esta garantía en el bloque de derechos constitucionales que deben proyectarse también sobre las personas jurídicas para evitar indefensión cuando el objeto del proceso es el funcionamiento interno de la entidad (p. 120). En la práctica, la presunción de inocencia así entendida obligaría a depurar escritos de acusación que no contengan hechos de organización verificables. El privilegio probatorio que de ello podría derivarse para las personas jurídicas puede rearticularse en una propuesta reconciliadora (pp. 107 y ss.), según la cual el hecho injusto consistente en la falta de medidas de prevención debería probarse desde la acusación, mientras que, en su caso, la exención por adecuada cultura de cumplimiento de la legalidad correspondería ser probada por la defensa.

La dogmática en obras también reclama coherencia y proporcionalidad en la respuesta punitiva. Subraya que las sanciones del CP aplicables a personas jurídicas son verdaderas penas –no medidas de seguridad– (p. 117). Y como cualquier otra pena, por tanto, su rango de previsión y su concreta aplicación debe modularse con criterios de proporcionalidad. El Tribunal Supremo lo recoge a propósito de la proporción relativa con las penas previstas para personas físicas. Así, por ejemplo, son aplicables los delitos de blanqueo de capitales a personas jurídicas aun no siendo agravados por la modalidad de organización criminal, ya que, si no, «resultaría aún más sangrante la desproporción entre penas de multa a personas físicas y jurídicas» (p. 170). Asimismo, también debe atenderse la retroactividad de la sanción posterior más favorable (y se infiere la aplicabilidad de este principio a partir de la aplicación concreta de la consecuencia de disolución de la empresa –anterior consecuencia accesoria o actual pena–), siempre que esta última beneficie a la entidad frente a previsiones anteriores materialmente similares, aun de naturaleza distinta (pp. 282 y ss.).

En el marco de principios y garantías descrito, el Tribunal Supremo, conforme a las consideraciones del autor, parece estar confeccionando un tipo de injusto complejo que exige un sujeto activo corporativo y rehace el contorno de la conducta típica con garantías de antijuridicidad añadidas: el tipo aplicable a la persona jurídica no consiste en replicar la acción material del delito de la parte especial, sino en imputar normativamente un hecho corporativo propio que se compone –en términos analíticos– de tres piezas: el hecho base del agente humano; la conexión funcional de ese hecho con la organización (actuación «en nombre» o «en beneficio»); y el defecto estructural del modelo de organización y gestión que, al relajar controles o suprimir barreras, permite la realización del hecho (pp. 134 y ss.). Las dos primeras piezas (hecho base y conexión funcional) son presupuesto de conexión, pero no el fundamento del injusto corporativo (a juicio de quien suscribe esta reseña, el hecho base debería, incluso, poder no ser humano, a la vista del grado de autonomía decisional de los sistemas de IA en beneficio de las empresas; pero estos asuntos aún no han llegado al Tribunal Supremo). El núcleo del tipo, entonces, reside en la quiebra del sistema de *compliance* –en su diseño, implementación y eficacia–, esto es, en el defecto organizativo que el ordenamiento exige a quien opera con riesgos relevantes (pp. 230 y ss.). Por eso, la imputación ha de centrarse (y en ello, la carga de la prueba de la que hablábamos) en elementos organizativo-estructurales (procedimientos, segregación de funciones, controles *ex ante*, monitorización *ex post*), y no en fórmulas rituales sobre el beneficio.

La tercera columna de la adaptación dogmática que proyectamos en esta reseña sobre la síntesis de GÓMEZ-JARA se centra en la culpabilidad, entendida desde la imputabilidad de la persona jurídica. La culpabilidad corporativa no se puede sostener como una ficción vicaria (proyección del perfil personal humano), sino como autorresponsabilidad estructural, esto es, el reproche por el incumplimiento del deber de organización que el sistema penal impone a quien tiene capacidad real de diseñar y ejecutar mecanismos de prevención y control (pp. 134-135). Desde ahí, cabe el parangón con la imputabilidad humana: igual que la persona física sólo es imputable si reúne capacidad para comprender y autodeterminarse, la persona jurídica sólo es imputable si posee una arquitectura organizativa con sustrato material suficiente –estructura, procesos, funciones, cultura– que permita hablar con sentido de deberes de supervisión y control (pp. 204 y ss.; 292 y ss.). Esa capacidad organizativa es la que se encapsula en la noción de «actor corporativo»: no toda sociedad es, en términos penales, un sujeto capaz de cometer un «delito corporativo»; lo es únicamente quien exhibe la complejidad interna mínima que hace exigible y valorable el modelo de cumplimiento. De ahí que, si falta esa complejidad –en estructuras meramente nominales, sin separación de funciones ni controles reales–, no cabe apreciar la culpabilidad derivada de deberes inexistentes, y la entidad deviene inimputable en el sentido penal (pp. 299 y ss.). Esta línea permite resolver con rigor aparentes «paradojas» de doble sanción en sociedades unipersonales: no es la unipersonalidad lo decisivo, sino el grado de complejidad organizativa.

En las consideraciones finales del libro, GÓMEZ-JARA Díez reconduce el periplo de las resoluciones del Alto Tribunal a un dilema clásico: «Realismo vs normativismo» (pp. 342 y ss.). Y en esa clave dialéctica, el Derecho penal de las personas jurídicas sería una ficción normativa, construido a partir de un supuesto realismo de lo humano. Sin embargo, la ficción normativista –sostenemos el autor del libro y quien suscribe esta reseña– también opera en las relaciones del Derecho penal con lo humano, concebido sobre términos ideales de libertad, volición, conocimiento, etc. Si todo es normativo, entonces, si faltan los anclajes de realidad que limiten el ejercicio jurídico, nada impide conformar una dogmática penal para las personas jurídicas, y más allá, sin límite, como sabemos por indeseadas experiencias pasadas. Es necesario, entonces, un criterio limitador en la

funcionalidad penal frente a las personas jurídicas. El autor fija esa limitación en un sustrato de «realidad» distinto: el de la complejidad organizativa como presupuesto de la libertad normativa proyectada sobre las corporaciones (p. 344). Y lo hace con base en tres claves: la armonización con el ordenamiento jurídico, la razón pragmática y la coherencia con el contexto de cumplimiento normativo. Sin embargo, en mi opinión, esa apelación a un nivel de realidad distinto del Derecho penal de *lo humano* puede proyectar una vía dogmática distinta y autónoma del Derecho penal, hipótesis que no comparto, ya que no se trata solo de adecuar nominalmente las categorías dogmáticas para que puedan funcionar en el contexto empresarial. Se trata, a mi juicio, de que las categorías dogmáticas se modulen lo suficiente como para acoger una aplicación funcional del artículo 31 bis CP sin que se autonomicen en un subsistema jurídico distinto. Y eso implica, claro está, que también las categorías dogmáticas pueden cambiar su funcionalidad hacia los humanos. Porque no se trata solo de que el humanismo penal se proyecte sobre las sociedades; se trata también de que las sociedades condicionen el Derecho penal de *lo humano*. Esta hipótesis alternativa es, creo, la que eclosionará en las próximas décadas con las personas electrónicas –los sistemas autónomos de IA– y que hará orbitar al Derecho penal en torno al daño social y el incremento del riesgo como fundamentos de culpabilidad, lo que habrá de pasar cada vez menos por la acción corporal humana y concepciones finalistas de la conducta.

En esta recensión hemos procurado esbozar, en su forma más abstracta, más separada de los casos y los tiempos concretos, la forma de esta modulación dogmática. Y podríamos contrariar en ello, me temo, al Tribunal Supremo que, a propósito de la STS 154/2016, y en relación con el uso de los conceptos tradicionales del Derecho penal, resuelve «intentando eludir en lo posible categorías doctrinales que (...) podrían dar origen a eventuales confusiones interpretativas» (p. 114). Y, sin embargo, como ha recogido el autor con precisión, las categorías doctrinales se han ido filtrando irremediabilmente, de modo que con ello se «proporciona el contexto necesario para seguir avanzando». Así, sin pretensión de demiurgo, con vectores de racionalidad que poco a poco dan forma a variaciones dogmáticas, el Tribunal Supremo ha ido integrando el artículo 31 bis CP en su entorno social y jurídico, en un marco funcional, pero contenido. GÓMEZ-JARA DÍEZ lo ha sistematizado y glosado de un modo muy oportuno. En esta recensión hemos querido destacar que la adaptación de las nociones penales a la empresa no debería autonomizarse como una vía paralela. La dogmática penal acoge al artículo 31 bis CP y, en ese acoger, cambia ella misma. Y cambia también para los humanos. Eso forma parte del pluralismo ontológico que nos toca vivir.

InDret

1.2026

***Joachim Renzikowski, Norma e imputación,
Editorial Atelier, Barcelona, 2024, 306 páginas***

Rodrigo Andrés Guerra Espinosa
Universidad de los Andes, Chile
rguerra@uandes.cl

-

Esta obra ofrece trece estudios monográficos del catedrático Joachim RENZIKOWSKI de la Universidad de Halle, sin duda uno de los principales exponentes de la doctrina penal alemana sobre la teoría de las normas y de la imputación. La obra viene precedida de una introducción (PASTOR/RUIZ). Y constituye una muestra más de los lazos del mundo hispano hablante con la dogmática alemana. Es así como, en la introducción de la presente edición española, las profesoras Nuria PASTOR y Carmen RUIZ agradecen a los profesores Agustín ALESSI, Héctor GARCÍA DE LA TORRE, Francisco FERNÁNDEZ, Oriol MARTÍNEZ, Federico MONTERO, Ricardo ROBLES, Mauro ROCCASALVO, Guillermo SILVA, Ezequiel VACCHELI y Vicente VALIENTE por sus traducciones. Asimismo, la obra cuenta con un estudio introductorio (a cargo de ROBLES), en el que se destacan las principales aportaciones, así como algunos puntos críticos.

Los textos recopilados en este volumen proceden de diversos trabajos, entre los que cabe distinguir dos amplios temas: primero, los referidos a su visión de la teoría de las normas (1-4) y sus implicaciones en cuanto a la imputación a sujetos colectivos, la tentativa y la imprudencia (5-7); segundo, los atinentes a diversos problemas de las causas de justificación (8-11) y exculpación (12). Más el capítulo final (13), sobre la prohibición de retroactividad.

El capítulo 1 recoge el trabajo «Teoría de las normas y dogmática jurídico-penal» (2005). RENZIKOWSKI presenta una multiplicidad de reparos a la dogmática penal en el campo de la teoría de las normas. Es crítico con aquella tendencia que defiende una perspectiva estatista-colectivista de los derechos subjetivos, esto es, una visión que limita estos a una consecuencia de los imperativos estatales en la sociedad. Para el autor, el ordenamiento constitucional se encontraría situado en un marco liberal en el cual los derechos subjetivos serían anteriores a la creación del Estado. Naturalmente, esto nos lleva a considerar que los derechos subjetivos no son resultado de una mera ponderación de intereses y que su ejercicio conlleva siempre el ejercicio de otros. De ahí que no se pueda garantizar su inviolabilidad, aunque estén protegidos por el Derecho civil o institucionalmente por el Derecho penal (p. 60). El autor parte del concepto de derecho subjetivo y no del deber, ya que iniciar desde la noción de este implicaría un enfoque estatista incompatible con los actuales sistemas constitucionales de corte liberal. Si reparamos en la noción de derecho subjetivo, el injusto constituye una intromisión en una esfera jurídica ajena. En otros términos, implica la lesión de una relación de comunicación entre dos ciudadanos. El autor nos entrega así una perspectiva crítica de la teoría de la imputación objetiva y su noción de «riesgo no permitido», en la medida en que, apoyándose en la equivalencia de todos los riesgos, no explicitaría el contenido inherente a este último (p. 63).

En el capítulo 2 («Deberes y derechos. Relación jurídica e imputación» (2007), se ofrece una interpretación de las normas de conducta que hace nuevamente referencia a la relación jurídica entre ciudadanos. La norma de conducta sería el criterio adecuado para construir criterios de atribución de responsabilidad. De esta forma, una acción u omisión será típica si produce una lesión de la relación jurídica que describe la norma de conducta. Desde aquí, el autor matiza su comprensión de la causalidad que sirve de soporte para su concepto restrictivo de hecho y autor. Se llegaría así a la idea de que el derecho subjetivo es un nexo entre el derecho y el deber, a saber, una facultad de carácter dual. De esta propuesta se deriva una doble función: por un lado, una «función de utilización» o de disponer de una cosa determinada; por otro, una «función de exclusión» que permitiría exceptuar las intromisiones de personas no justificadas del ámbito de dominio (p. 75). Ambas funciones son extrapolables a casos de afectación de la integridad corporal, la vida y otros derechos subjetivos (p. 76). Así, la autonomía privada se caracterizaría como una unidad compuesta por el dominio que confiere a cada ciudadano un derecho subjetivo en la selección de determinadas preferencias. Y, asimismo, el injusto material sería el menoscabo de la relación jurídica entre la víctima y el autor a través de la infracción de un derecho, mientras que el injusto formal, la infracción del Derecho *per se*. A propósito de la noción de derechos subjetivos, presente en estos dos primeros capítulos, es oportuno traer a colación algunas ideas de ROBLES PLANAS en el estudio introductorio de la compilación, donde se expone cómo resulta problemático que RENZIKOWSKI construya su noción de norma limitada a la lesión de derechos subjetivos. En este contexto, para el autor del estudio previo, la categoría de «antinormatividad» sería fundamental porque permitiría perfilar con mayor precisión los límites de una conducta permitida (p. 39). De este modo, la transgresión de los confines de la libertad de una conducta punible no sería una cuestión de imputación en torno a la capacidad de control o evitación. Aceptar esta idea nos llevaría a renunciar a la discusión sobre hasta qué punto el Derecho puede limitar la libertad (p. 39).

En el capítulo 3 («El objeto de la norma», 2017), el autor presenta su teoría de las normas de manera más detallada. Critica la idea de MEZGER sobre las normas de valoración como una contradicción objetiva del Derecho, por ser una noción de norma sin destinatario. Para RENZIKOWSKI, esta última idea resulta imposible de sostener, pues los estados sociales que el Derecho quiere evitar son provocados por una acción o una omisión. Por tanto, las normas de valoración siempre tienen un destinatario y suponen al menos una acción humana. Critica la concepción de MEZGER sobre las normas, por estar desvinculadas de la capacidad de un ciudadano de seguir una norma en su contenido (pp. 97-98). También se muestra crítico frente a la posición de KINDHÄUSER en varios aspectos. Por un lado, por su falta de conexión entre la capacidad de cumplimiento de la norma y el objeto de esta (observa aquí un cierto renacer de la mirada «mezgeriana»); además, describe de forma certera el problema de las normas de valoración y las «prohibiciones objetivas de causación» en la obra de aquel. Por otro lado, es crítico con la posición de KINDHÄUSER en relación con la duplicidad de antinormatividad y contrariedad a deber, la infradefinición de las normas en su contenido y la consecuencia de que en la tentativa hay infracción del deber sin antinormatividad (pp. 98-100).

El capítulo 4, sobre la fundamentación de la norma e imputación y las bases de un concepto restrictivo de hecho (2013, hasta ahora inédito), el autor lleva al plano de la autoría su aproximación sobre la imputación y la norma. Con sus consideraciones en torno a los fundamentos de la estructura de imputación en el tipo objetivo, ofrece algunas consideraciones en relación con la causalidad en el campo de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Para el autor la línea de razonamiento de esta teoría constituye una aproximación que dificulta distinguir entre los intervinientes en un hecho delictivo. Quien procede así equipara todas y cada

una de las causas del delito. En cambio, RENZIKOWSKI pone de manifiesto las ventajas de una «causalidad individualizadora». Por otra parte, nos presenta un concepto restrictivo de autor. En este marco, el partícipe interviene en la ejecución de hecho ajeno e incurre en una conducta diferente de aquella que se encuentra prevista en el tipo penal base, que es el del autor, pues las normas de conducta que fundamentan los tipos delictivos están dirigidas al autor, y las que no lo están se orientan al partícipe. En esta línea, resulta relevante conceptualizar en términos de relaciones jurídicas el fundamento de la norma de conducta. En otras palabras, lesionar a un otro implica usurpar su esfera de derechos, ya que el sujeto activo orienta su libertad hacia la esfera de otros ciudadanos. Y, concretamente, tal lesión tiene alcance material pero también formal en la «dimensión de derecho» (p. 130).

En el capítulo 5 («Colectivos como sujetos de imputación», 2021) el autor expresa que tanto los ciudadanos como las personas jurídicas son sujetos de imputación. La existencia de una voluntad en las personas jurídicas es resultado de la unidad de varias personas en torno a sus fines y acciones que ejecutan. La persona jurídica responde como una persona *moralis composita*, lo que permite imputar a todas sus partes un hecho propio (actos de un órgano colegiado). Por lo tanto, la imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica es posible en caso de cumplirse con las exigencias de la imputación. En ese sentido, el autor precisa que la imputación jurídica (*imputatio iuris*) no se refiere solamente a la pena en sentido clásico, sino que puede extenderse a otros tipos de sanciones consistentes en la pérdida del patrimonio jurídico-civil (p. 151). Así, la responsabilidad de una persona jurídica podría alcanzar incluso a quienes no hayan tomado la decisión en el seno de la organización (socios o accionistas). En opinión del autor, esto no sería un problema, porque incluso en el caso de la responsabilidad penal individual una sanción penal trasciende a la persona natural, y afecta a la familia del condenado o incluso su entorno social. Con todo, el autor no presenta un pronunciamiento *de lege ferenda* en favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el modelo alemán (p. 154).

El capítulo 6 se destina a discutir la punibilidad de conductas peligrosas sin los elementos objetivos que permitan afirmar que estamos ante una tentativa idónea («Causalidad putativa y delito putativo», 2003). El problema que se intenta resolver es si tiene un mayor peso la representación subjetiva del autor o la falta de peligrosidad objetiva de la conducta. Y da preeminencia a la representación del autor como manifestación de la norma de conducta, pero insiste en que dicha representación debe tener un límite objetivo. De tal manera, cuando se está ante una tentativa irreal, es decir, ante una falta de peligrosidad manifiesta, no se puede afirmar la concreción de la norma: desde un juicio racional-objetivo no se estaría ante un injusto penal merecedor de reproche. Y esto implica que la concreción de la norma únicamente se puede manifestar ante un resultado susceptible racionalmente de ser representado. Con base en la filosofía analítica, se opone a la sanción de la tentativa burda por falta de entendimiento (aborto sobre un feto inexistente), así como a la de carácter supersticioso, aunque dicha interpretación sea plausible dentro del ordenamiento alemán (p. 167).

En el capítulo 7 («El hecho imprudente en la óptica de la teoría de las normas», 2022) se sostiene que, aunque el cumplimiento de un deber de cuidado no es una consecuencia lógica de la prohibición de dañar, sí lo es teleológicamente. En este sentido, los delitos imprudentes no se distancian de los dolosos en el tipo objetivo. En la imprudencia el juicio de la atribución de responsabilidad se basa en el deber de conocimiento de la infracción de la regla de conducta. Por eso, las reglas relativas a la infracción del debido cuidado (reglas secundarias) no serán normas de conducta relativas a la prohibición de dañar, sino normas que tienen como finalidad asegurar sus consecuencias. En este capítulo, el autor mantiene una posición crítica sobre aquellas

aproximaciones a la imprudencia puramente objetivas. Todas estas consideraciones permiten comprobar una línea subjetiva en la conducta imprudente. RENZIKOWSKI es crítico con la visión de la imprudencia como un injusto puramente objetivo (p. 186).

A las «causas de justificación intra y extrasistemáticas» (2005) se dedica el capítulo 8. A propósito de las aportaciones de HRUSCHKA en este ámbito, defiende que esta dualidad es más precisa que una basada solo en la ponderación de intereses. En este sentido, las causas de justificación intrasistemáticas se edifican a partir del concepto de derechos individuales, ya que limitan derechos subjetivos y modifican el orden de la distribución de estos a propósito de casos de estado de necesidad defensivo y agresivo (pp. 196-203). En contraposición, las causas de justificación extrasistemáticas no alteran la distribución de derechos, ya que no se produce una nueva valoración del contenido de las esferas jurídicas de los ciudadanos que participan en estas. A modo de ejemplo, como sucede en el caso de la legítima defensa, el conflicto de deberes y el consentimiento (pp. 203-204).

«Solidaridad en situaciones de necesidad. Una revisión histórica desde Tomás de Aquino hasta Hegel» encabeza el capítulo 9 (2013), donde se detiene a tratar, desde una óptica iusfilosófica, el deber de solidaridad. Investiga los presupuestos de solidaridad que se encuentran en TOMÁS DE AQUINO, SUÁREZ y GROCIO, en la medida en que la noción de propiedad común de los bienes es relevante en el campo del Derecho natural. Con todo, considerando la concepción moderna del derecho a la propiedad, el autor se cuestiona cómo fundamentar en el Derecho natural la afectación de la propiedad de un tercero (p. 227). Por ello, a partir del análisis crítico de FICHTE y HEGEL, rescata elementos nucleares para la formulación de su pensamiento; en especial, para la relación entre el orden estatal y los derechos subjetivos, los cuales serían preexistentes a la constitución del Estado.

En el capítulo 10 discute la viabilidad de justificar la autotutela ciudadana, en supuestos de peligro inminente, frente a situaciones de animales estabulados para su engorde, mediante el estado de necesidad justificante (2019). Analizada la posible construcción de un estatuto de protección de los animales para determinar si pueden ser considerados como bien jurídico supraindividual, se plantea cómo proteger estos intereses a través del estado de necesidad defensivo, es decir, cuando la autoridad no interviene o está imposibilitada para hacerlo. Según el autor, la autoridad pública estatal se encuentra primordialmente habilitada para actuar frente a peligros colectivos a través del estado de necesidad defensivo. No obstante, si la autoridad no actúa, se daría espacio al ciudadano para hacerlo (pp. 247-249).

En el capítulo 11 se trata de los fundamentos e historia de la legítima defensa (2020). Se parte de los fundamentos escolásticos de esta eximente en el pensamiento de TOMÁS DE AQUINO, el derecho canónico medieval, autores clásicos y otros de la Ilustración (pp. 258-259). A modo de ejemplo, el autor estudia la legítima defensa como una manifestación del monopolio estatal de la fuerza en HOBBS en casos en que la autoridad no es capaz de proteger al ciudadano (pp. 259-260). Entre otras, resultan especialmente valiosas las consideraciones de RENZIKOWSKI sobre la legítima defensa en la obra PUFENDORF como defensa del Derecho (p. 260). A la vez, se destaca esta eximente como vía para reconducir al atacante a los límites de su propio derecho, que es posible observar en KANT (pp. 262-263). Desde las aportaciones de otros autores como BERNER reflexiona también por qué el derecho no debe ceder ante el injusto en supuestos de legítima defensa (pp. 263-264). Con este instrumental conceptual, el autor se aproxima a la posición de MERKEL que comprende la legítima defensa desde la perspectiva del interés preponderante (pp. 266-268). En síntesis, a través de este estudio histórico-analítico, el autor comprueba que gran

parte de la literatura en la actualidad apoya el recurso a la ponderación en su comprensión de la legítima defensa. Lo cual lleva a este sector a sostener un fundamento utilitarista que no da cuenta de por qué la balanza se inclina en favor del ciudadano que se defiende. Sin embargo, nos parece que estas no son razones suficientes para descartar las aportaciones de TOMÁS DE AQUINO en el tratamiento de la legítima defensa. En nuestra opinión, es necesario examinar en qué sentido este autor utilizó la expresión *moderamen inculpatae tutelae* en su pasaje sobre la defensa privada. Así, por ejemplo, para Domingo DE SOTO (*De la justicia y del derecho*) el aquinate no sostuvo otra cosa que la licitud de intentar *directamente* matar a un agresor, aunque uno pueda solicitar simultáneamente la paz al enemigo. Por el contrario, RENZIKOWSKI entiende que para el aquinate –como lo hizo CAYETANO en su momento– la muerte del agresor solo puede ser efecto colateral de una acción bien intencionada. Como se observa, esta lectura encierra una *metafísica oscura* que impide considerar en la actualidad las aportaciones del aquinate, a saber, en favor de la defensa de un interés supraindividual y su moderación a través de una posición que resguarde los derechos subjetivos de los intervinientes (agredido-agresor).

El capítulo 12 («La exculpación en estado de necesidad», 2003) examina los fundamentos de esta eximente. Para esto, retoma el célebre caso de la Mignonette y estudia los fundamentos dogmáticos del estado de necesidad exculpante en torno a la coacción psicológica en la propuesta de FEUERBACH. El autor critica dicha posición, ya que lo relevante no es si alguien puede o no motivarse de acuerdo con las reglas de conducta del sistema, sino si el Derecho puede llegar a motivar en supuestos extremos. Se rechaza la postura de JAKOBS que propone en un plano empírico (no-normativo) determinar cuál debería ser la decisión justa en estos supuestos dilemáticos (p. 273). Asimismo, se critica la posición de ROXIN, basada en la ausencia de la necesidad preventivo-especial de la pena, y rechaza la reducción del injusto desde la teoría de la doble reducción de la culpabilidad que remite al estado de necesidad justificante (pp. 274-277). El análisis iusfilosófico de las posturas mencionadas lleva a RENZIKOWSKI a proponer una perspectiva contractualista sobre el estado de necesidad en la que el ciudadano puede suspender su obediencia al Derecho (pp. 277 y ss.). Sin embargo, este no puede negar a la víctima su derecho de defensa ni excluirla de la sociedad civil. Desde su comprensión de la teoría de las normas, el autor distingue entre normas de conducta jurídico-públicas (regulan la relación entre el ciudadano y el Estado) y los derechos subjetivos (regulan la relación entre ciudadanos). Esta distinción le permite sostener que en el estado de necesidad exculpante se anula la norma de conducta jurídico-pública. No obstante, estas consideraciones no implican que la relación jurídico-privada entre los ciudadanos cese, pues la víctima conserva sus facultades de autoprotección jurídico-civil. Es así como conviene insistir que en este capítulo no se advierten importantes aportaciones de Francisco SUÁREZ que van más allá del hurto por necesidad; en cambio, RENZIKOWSKI solo tematiza estas en relación con la solidaridad, deja fuera otras en supuestos de ataque justificado a una ciudad en que las víctimas podrían reaccionar en un sentido *puramente defensivo*, pero no en los términos de *fuerza con fuerza*. Pienso que estas consideraciones de SUÁREZ (presentes en su *Commentaria* a la II-II de TOMÁS DE AQUINO) bien podrían ayudar a reforzar la posición del autor en favor de los derechos de las víctimas en supuestos de extrema necesidad.

Cierra esta recopilación un conjunto de reflexiones iusfilosóficas en torno a la prohibición de la retroactividad («*Mala per se et delicta mere prohibita*», 2010). A propósito del artículo 7.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el autor examina la prohibición de retroactividad en relación con la comisión de injustos del pasado valorados conforme a un ordenamiento positivo injusto. La problemática se analiza a partir de la disyuntiva de carácter dogmático entre la respuesta de RADBRUCH (de signo iusnaturalista: ante la existencia de leyes tan injustas, el

Derecho no constituiría Derecho) y la de HART (de carácter iuspositivista: prescinde de criterios de justicia material ajenos al sistema jurídico) (p. 288). Conforme a esta última, la ley que haya sido promulgada –conforme con el procedimiento previsto en un ordenamiento determinado– no permitiría una excepción a la no retroactividad. RENZIKOWSKI argumenta que la ley penal puede ser retroactiva cuando sus normas son evidentes, y acepta incluso la inaplicabilidad del Derecho positivo en tales casos. Para sostener su postura, acude al principio de legalidad y a la diferenciación entre leyes penales *mala in se* (leyes declarativas) y *mala quia prohibita* (destacan con fuerza la prohibición de retroactividad). Según las aportaciones de GROCIO, presentes en el Derecho natural racionalista, las leyes que castigan *mala in se* no admiten un tiempo *sine lege* y justifican el castigo en términos retributivos (pp. 295 y ss.). El contrato social supondría que los ciudadanos, renunciando al castigo privado, cederían a la autoridad el monopolio de la violencia, de modo que en la ley positiva se hallaría un título de intervención. Esto permitiría la aplicación retroactiva de leyes penales para castigar comportamientos *mala in se*. Aunque este último enfoque pierde fuerza en la Ilustración, se mantiene en la tradición anglosajona. Y esto permite a nuestro autor afirmar que la cláusula del artículo 7.2 de la CEDH supone una puerta de entrada para el Derecho natural en la legalidad penal.

El carácter compilatorio de diferentes estudios permite comprender con mayor facilidad el pensamiento del autor. Quizás esto explique la sensación de que el autor hace uso reiterativo de los mismos argumentos a lo largo de la obra. Sin embargo, esta reiteración permite al lector adentrarse en la esencia de las problemáticas planteadas y darse cuenta de la importancia de sus aportaciones en torno a la noción de norma e imputación en la teoría del delito. No obstante, consideramos, como ya hemos mencionado, que la obra podría haberse enriquecido aún más con nuevos argumentos. A los ya señalados sobre las fuentes iusfilosóficas del principio de solidaridad, cabría añadir el de la regla de oro en casos de extrema necesidad, o bien una consideración de la doctrina del doble efecto en casos de legítima defensa. También las aportaciones neoescolásticas de FRANCISCO DE VITORIA o DOMINGO DE SOTO habrían podido ser relevantes para analizar los derechos de la víctima en casos de necesidad exculpante. Se comprende que el carácter recopilatorio de textos de diversos años y procedencias obliga a seleccionar sus fuentes y argumentos. Con todo, estas consideraciones no restan valor a las aportaciones de RENZIKOWSKI, ya que nos encontramos ante una serie de estudios que son referente obligatorio para todo aquel que estudie los fundamentos del Derecho penal*.

* Trabajo realizado al amparo del proyecto «En defensa de una reinterpretación del principio del daño en casos de lesión, infanticidio y homicidio por piedad», financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo ANID/FONDECYT/Regular N° 1250150.